GAIUS.

Beiträge

zur

Kritik und zum Verständniß

seiner Institutionen.

Mit einer Zugabe

über die

Klagformeln in der Lex Rubria.

Von

Ph. E. Huschke.

Leipzig,

Verlag von S. Hirzel.

1855.

Vorwort.

Abermalige Beiträge zur Kritik und zum Verständniß der Institutionen des Gaius, der notorischen Hauptquelle der Geschichte des Römischen Privatrechts, deren Auffindung diese Disciplin ihren früher nie geahnten Aufschwung hauptsächlich verdankt, bedürfen wohl bei dem bekannten Zustande des uns überlieferten Textes keiner Rechtfertigung, wenn sie nur ihren Namen wirklich verdienen, worüber natürlich nicht dem Verfasser selbst das Endurtheil zusteht. Eher möchte zur Entschuldigung der Form, in welcher sie hier dargeboten werden, etwas zu sagen sein. Manchen wird zu viel Mikrologisches aufgenommen scheinen, obgleich ich gerade nach dieser Seite bei Weitem nicht Alles erwähnt habe, was ich bei einer neuen Ausgabe des Schriftstellers geändert wünschte. Andere mögen die Excurse tadeln, welche die Gränze einer unmittelbaren Texteserklärung oft sehr weit überschreiten. Was aber das erstere betrifft, so wird man kaum etwas finden, was für Sinn oder Sprachgebrauch ganz bedeutungslos wäre. Hinsichtlich der letzteren will ich gern gestehen, daß sie dem Titel der Schrift nicht eigentlich entsprechen. Sie sind aber durch den Wunsch veranlaßt, der Schrift selbst einen bleibenderen Werth zu verleihen, nachdem ihre etwa billigenswerthen kritischen Vorschläge Aufnahme in die neuen Ausgaben gefunden haben.

Der Text, auf welchen sich die kritischen Bemerkungen beziehen, ist der der letzten Lachmannschen Ausgabe. Ich habe sie gewählt,

weil sie die neueste ist, welche den genauen Bericht über das Aussehen der Handschrift enthält. Die Zeichen der letzteren in den behandelten Stellen überall wiederzugeben, habe ich nicht für nöthig erachtet. Es würde die Schrift verweitläuftigt haben und wer solche Dinge gründlich prüft, wird doch auf die Quelle selbst zurückgehen.

Die Zugabe ist eine etwas veränderte deutsche Bearbeitung des Rectoratsprogramms, welches ich hier im Jahre 1832 unter dem Titel de actionum formulis, quae in Lege Rubria exstant, Commentatio habe drucken lassen. Es ist längst vergriffen und seitdem so oft von mir begehrt worden, daß ich eine passende Gelegenheit, es wiederum zugänglich zu machen, nicht ungenützt vorübergehen lassen zu dürfen glaubte. Eine solche schien aber die vorliegende Schrift darzubieten, da es mit dem vierten Buche der Institutionen des Gaius in genauem Zusammenhange steht.

Breslau, im Februar 1855.

Der Verfasser.

Erstes Buch.

I, 43.

Lachmanns Kritik dieses Paragraphen scheint mir auf übermäßig künstlichen Annahmen zu beruhen. In der ersten Lücke stand wahrscheinlich quartā *m̄m̄endorum eor. licentia dat'*. In der zweiten bestrittenen Stelle hatte der Abschreiber in der Zeile selbst irrig wieder *plures quam c* (aus dem unmittelbar Vorhergehenden) abgeschrieben und verbesserte dieses dann durch das Darüberschreiben des richtigen *plures quam d*. Das darauf Folgende scheint mir aber Blume richtig mit *amplius n̄* gedeutet zu haben. Weiterhin ist hinter quintam partem das Verbum manumittat, darauf aber hinter neque plures offenbar weit mehr, ich vermuthe, eine ganze Zeile ausgefallen, etwa *quam ex hoc numero manumittendi omnino licentia d|atur*. In der nächsten kleinen Lücke stand ē und das Zeichen für contra, in der folgenden größeren aber etwa *d̄ taxat nihil* (dieses notiert) *lege praescribit'*. So erhalten wir folgenden ganz lesbaren und Gaianischen Text:

at ei, qui plures quam XXX neque plures quam centum habebit, usque ad partem quartam *manumittendorum eorum licentia datur*. novissime ei, qui plures quam C habebit, nec plures quam D, *amplius non* permittitur, quam ut quintam partem (*manumittat*); neque plures (*quam ex hoc numero manumittendi omnino licentia d*)*atur*, sed praescribit lex, ne cui plures manumittere liceat quam C. *et contra* si quis unum servum omnino aut duos habet *duntaxat*, *nihil lege praescribitur*, et ideo liberam habet potestatem manumittendi.

I, 56.

Habent autem in potestate liberos cives Romani si cives Romanas uxores duxerint, vel etiam Latinas peregrinasve cum quibus conubium habeant. cum enim conubium id efficiat, ut liberī patris condicionem sequantur, evenit, ut non (*solum*) cives Romani fiant, sed et in potestate patris sint.

Die Ergänzung zu Anfang des Paragraphen füllt blos Eine Zeile, während in der Handschrift zwei leer gelassen sind. Sie befriedigt aber auch dem Sinne nach nicht; denn theils erwartet man, da Gaius im

vorigen Paragraphen gesagt hat: in potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreavimus, nunmehr eine Definition der iustae nuptiae (vgl. Ulp. 5, 1. 2. In potestate sunt liberi parentum ex iusto matrimonio nati. Iustum matrimonium est, si inter eos, qui nuptias contrahunt, conubium sit etc. Auch Epit. I, 3 fin. 4. pr.), theils ist es kein juristisch scharfer Ausdruck: man habe die Kinder in seiner Gewalt, wenn man eine Frau von dem und dem Stande geheirathet habe. Man könnte hierbei ja auch an andere Kinder als von dieser Frau oder bei diesen selbst an eine erst nach der Schwängerung eingegangene Ehe denken. Gaius wird also etwa so geschrieben haben:

Iustas autem nuptias contraxisse liberosque iis procreatos in potestate habere cives Romani ita intelleguntur, si conubium intervenerit, hoc est, si cives Romanas etc.

Hiernach erklärt sich auch erst im Folgenden die Zurückführung des Erwerbs der väterlichen Gewalt auf das conubium. Was wir vorgeschlagen haben, füllt allerdings mehr als zwei Zeilen. Aber offenbar hat der Abschreiber hier willkührlich vom Text weg- und Spatium offen gelassen.

I, 66.

Itaque si Latinus, ex lege Aelia Sentia uxore ducta, filium procreaverit, aut Latinum ex Latina, aut civem Romanum ex cive Romana, non habebit eum in potestate — — — — — — — — — — — simul ergo eum in potestate sua habere incipit.

Mit den Zeichen der Abschrift stimmt folgende Ausfüllung der Lücke überein: *at causa probata c̄. Rom.* (*civitatem Romanam*) *consequit' cum fil.* (*consequitur cum filio*).

I, 93.

Si peregrinus — — — — — — — — — non aliter filii in potestate eius fiunt, quam si Imperator eos in potestatem redegerit.

Klenze ergänzte: *cum liberis iam natis* (Lachmann: *cum filis suis*) *c̄. r̄.* (*civitate Romana*) *donatus fuerit.* Den Zeichen entspricht: *cum liueris c̄. r̄. donatus fuerit* und dieses ist auch das Richtige. Gegen Lachmanns suis vgl. im folgenden §.: Item si quis cum uxore praegnante civitate Romana donatus sit. Doch ist nachher auch statt filii vielmehr liberi zu lesen. In der Handschrift stand offenbar *lib̄i.* Auch darf dagegen nicht eingewandt werden, daß es in

der folgenden Periode heißt: hoc filiis expedire. Eine ähnliche Abwechselung der Ausdrücke liberi und filii in verschiedenen Perioden findet sich auch I, 55.

I, 95.

Alia causa est eorum, qui Latini sunt et cum liberis suis ad civitatem Romanam perveniunt: nam horum in potestate fiunt liberi. quod ius quibusdam peregrinis — (es fehlen ungefähr vier Zeilen) §. 96. magistratum gerunt, civitatem Romanam consequuntur, minus latum est, cum hi tantum, qui vel magistratum vel honorem gerunt, ad civitatem Romanam perveniunt idque compluribus epistulis Principum significatur.

In den beiden vorhergehenden Paragraphen hat Gaius gesagt, daß, wenn Peregrinen mit ihren Kindern oder mit ihrer schwangeren Frau mit dem Römischen Bürgerrecht beschenkt werden, die Kinder nicht anders in die väterliche Gewalt kommen, als wenn der Kaiser dieses auch erklärt hat. Den Gegensatz dazu bildet unser Paragraph. Hier ist nun die Lesart Latini s̄ ē keineswegs sicher, die Zeichen lassen sich wenigstens ebenso gut deuten: Latii iure, und dieses ist das Richtige. Wie unerträglich schleppend ist schon das eorum, qui Latini sunt statt Latinorum! Dann kann aber auch das spätere quod ius quibusdam peregrinis — kein anderes Recht als das ius Latii sein; nach der jetzigen Lesart müßte man dagegen das Recht darunter verstehen, daß mit ihren Kindern zum Bürgerrecht gelangende Latiner zugleich ihre Kinder in die väterliche Gewalt bekommen, ein Recht, welches als solches sicher niemals Peregrinen ertheilt worden ist.

Was heißt nun aber Latii iure — ad civitatem Romanam pervenire? Gewöhnlich bezieht man es darauf, daß die Latiner, welche in coloniae Latinae eine Ehrenstelle bekleideten, dadurch das Römische Bürgerrecht erwarben. Die Existenz eines solchen Rechts bestätigt auch Ascon. in Pison. p. 3. Bait. von den Transpadanern: Pompeius enim non novis colonis eas constituit, sed veteribus incolis manentibus ius dedit Latii, ut possent habere ius, quod ceterae Latinae coloniae, id est, ut gerendo magistratus civitatem Romanam adipiscerentur. (Vgl. auch Cic. ad Attic. 5, 11. mit Savigny verm. Schr. Bd. 3. S. 294.) Aehnlich Appian. 2, 26. *πόλιν δὲ Νεόκωμον ὁ Καῖσαρ ἐς Λατίου δίκαιον ἐπὶ τῶν Ἄλπεων ᾠκίκει, ὧν ὅσοι κατ' ἔτος ἦρχον, ἐγίγνοντο Ῥωμαίων πολῖται· τόδε γὰρ ἰσχύει τὸ Λάτιον.* Desgleichen Strabo 4, 1. §. 13. p. 186. von Nemausus:

ἔχουσαν καὶ τὸ καλούμενον Λατεῖον· ὥστε τοὺς ἀξιωθέντας ἀγορανομίας καὶ ταμιείας ἐν Νεμαύσῳ Ῥωμαίους ὑπάρχειν. Allein Gaius kann doch diese Wirkung des ius Latii hier nicht verstanden haben, da er selbst auf sie erst im folgenden Paragraphen kommt und sie dort als eine beschränktere (minus latum) der hier erwähnten entgegensetzt. Auch spricht er ja hier — was wohl zu beachten — gar nicht, wie jene Schriftsteller, von dem Latii iure ad civ. Rom. pervenire schlechthin, sondern von dem Latii iure cum liberis suis ad civ. Rom. pervenire. Es gab also nach ihm zwei Arten des Erwerbs des Römischen Bürgerrechts Latii iure, 1) ein ausgedehnterer, durch welchen man mit seinen Kindern die Römische Civität erlangte, und der — im Gegensatz der Beschenkung einer peregrinischen Familie mit dem Bürgerrecht durch den Kaiser — das Ausgezeichnete hatte, daß ein solcher Latiner zugleich das Recht der väterlichen Gewalt über seine Kinder erhielt, und 2) ein beschränkterer, der durch Bekleidung einer Ehrenstelle, wodurch man nur persönlich Römischer Bürger wurde.

Es fragt sich nun aber, wodurch erfolgte jene ausgedehntere Erwerbart des Römischen Bürgerrechts iure Latii? Die Lex Servilia, richtiger die Acilia, aus der aber diese Vorschrift wahrscheinlich unverändert in die Servilia überging (C. T. Zumpt de leg. et iud. repet. p. 20 seq.), enthält in ihrem Capitel de ceivitate danda (c. XXIII. p. 91 Klenz.) die Bestimmung, daß, wer nach jenem Gesetz Jemand angeklagt und seine Verurtheilung bewirkt habe, zur Belohnung mit Frau, Kindern und Enkeln das Römische Bürgerrecht erhalten und die letzteren ceives Romanei iustei sein sollen — welcher letztere Ausdruck, da es im öffentlichen Recht keine iusta und iniusta civitas gibt, sich blos darauf beziehen kann, daß die Kinder und Enkel von Ursprung aus rechte Römische Bürger, mithin iusti liberi einer Römischen Familie sein und in die väterliche Gewalt kommen sollen. Zu diesem Gesetz ist aber folgende Stelle aus Cicero's Rede für den Balbus zu vergleichen:

> C. 23. Cum Latinis omnibus foedus ictum, Sp. Cassio Postumo Cominio consulibus, quis ignorat? quod quidem nuper in columna aenea meminimus post Rostra incisum et perscriptum fuisse. Quomodo igitur L. Cossinius Tiburs, pater huius equitis Romani optimi atque ornatissimi, damnato T. Caelio, quomodo ex eadem civitate T. Coponius, civis item summa virtute et dignitate (nepotes T. et C. Coponios nostis) damnato C. Masone, civis Romanus est factus? An lingua et ingenio pa-

tefieri aditus ad civitatem potuit, manu et virtute non poterit? anne de nobis trahere spolia foederatis licebat, de hostibus non licebit? an, quod adipisci poterant dicendo, id eis assequi pugnando non licebit? an accusatori maiores nostri maiora praemia quam bellatori esse voluerunt? 24. Quod si acerbissima lege Servilia principes viri ac gravissimi, et sapientissimi cives hanc Latinis, id est, foederatis, viam ad civitatem populi iussu patere passi sunt, neque in his (bei diesen Latinern, doch richtiger liest Madv. ius) est hoc reprehensum Licinia et Mucia lege, quum praesertim genus (man lese nach Cdd. Oxf., welche in genus haben, n' d. h. nec genus) ipsum accusationis et nomen, eiusmodi (man lese durch Verdoppelung des n — nec eiusmodi) praemium, quod nemo assequi posset nisi ex senatoris calamitate, neque senatori, neque bono cuiquam nimis iucundum esse posset: dubitandum fuit, quin, quo in genere iudicum praemia rata essent, in eodem imperatorum iudicia valerent? Num fundos igitur factos populos Latinos arbitramur aut Serviliae legi, aut ceteris, quibus Latinis hominibus erat propositum aliqua ex re praemium civitatis?

Diese Stelle bezeugt, daß den Latinern durch verschiedene Gesetze, insbesondere auch durch die Lex Servilia, das Römische Bürgerrecht als Lohn für eine in Rom durchgeführte Anklage oder aliqua ex re ausgesetzt war. Klenze hat zwar a. a. O. aus den erhaltenen Fragmenten seiner Lex Servilia schließen zu dürfen geglaubt, daß Cicero sich geirrt und das Gesetz diese Wohlthat vielmehr für alle Peregrinen bestimmt habe. Ein solcher Irrthum ist aber eben nach unserer Stelle des Gaius ganz unglaublich. Auch läßt sich jenes Capitel der Lex Servilia ganz ungezwungen so restituiren, daß es mit Cicero vollkommen übereinstimmt. Indem ich dieses nachstehend unternehme, verbessere ich zugleich einige in einem früheren Versuche (Krit. Jahrb. für D. Rechtswiss. Jahrg. 9. S. 625.) noch stehen gebliebene Irrthümer Klenze's, der überhaupt darin gefehlt hat, daß er außer dem Bürgerrecht mehrere in diesem selbst liegende Rechte überflüssiger und ungehöriger Weise in seine Restitution hineinbrachte.

De ceivitate danda. Seiquis eorum, quei ceivis Romanus non erit, ex hace lege alterei nomen *de pequnia capta coacta ablata conciliata avorsave ad praetorem*, quoius ex hace lege quaestio erit, detolerit, et is eo iudicio hace lege condemnatus erit, *tum eis, quei ita alterei nomen ad praetorem detolerit, sei socium Lateineive nominis erit, ceivis Romanus esto, itemque uxor*

et filii eius, quei ceivis Romanus ex hace lege fiet, nepotesque, *dum* eiei filio gnatei s(*unt*, wenn nicht der alte Romin. gnateis anzunehmen ist), ceiveis Romanei iustei sunto, *tanquam sei a ceive Romano ex iusteis nuptieis procreatei essent*, *inque eeis filieis nepotibusve potestas eei esto. suffragium in tribum Crustuminam* ferunto, inque eam tribum censento, militiaeque eeis vocatio (vacatio?) esto. aera stipendiaque *omnia merita sunto.*

Cicero erwähnt mehrere Gesetze, welche Latiner so belohnten. Wir kennen nur noch eines, das bei Liv. 41, 8. Lex sociis ac nominis Latini, qui stirpem ex sese domi relinquerent, dabat, ut cives Romani fierent. Ea lege male utendo alii sociis, alii populo Romano iniuriam faciebant. Nam et ne stirpem domi relinquerent, liberos suos quibusquibus Romanis in eam conditionem, ut manumitterentur, mancipio dabant, libertinique cives Romani essent: et, quibus stirpes deesset, quam relinquerent, ut cives Romani fiebant. Postea his quoque imaginibus iuris spretis, promiscue sine lege, sine stirpe in civitatem Romanam per migrationem et censum transibant. In dieser Stelle ist die Verderbtheit der Worte ut cives unverkennbar. Eine frühere Vermuthung (Verf. des Serv. Tull. S. 530.) ut coelibes cives Romani fiebant, genügt mir nicht mehr; eine solche Rechtsverdrehung wäre zu plump gewesen. Ich glaube jetzt, daß ut cives aus municipes corrumpiert ist [1]). Es ist aber jene erste Art der municipes gemeint, von der Festus sagt: Municipium id genus hominum dicitur, qui cum Romam venissent neque cives Romani essent (also auch nicht mit minderem Röm. Bürgerrecht, wie man so oft mißdeutet), participes tamen fuerunt omnium rerum ad munus fungendum una cum Romanis civibus, praeterquam de suffragio ferendo aut magistratu capiendo, sicut fuerunt Fundani, Formiani, Cumani, Acerrani, Lanuvini, Tusculani, qui post aliquot annos cives Romani effecti sunt. Und im Auszuge: Item municipes erant, qui ex aliis civitatibus Romam venissent, quibus non licebat magistratus capere, sed tantum muneris partem. In der ersten Stelle des Festus versteht man die Worte qui post aliquot an-

---

[1]) Die Conjectur Sigoni's ii cives Romani f. und Dukers ita cives Rom. f. ist freilich äußerlich leichter, aber auch dem Sinne nach ganz ungenügend. Denkt man sich aber, daß m leicht als Gemination der beiden letzten Buchstaben von relinquerent angesehen werden konnte, so wird man auch den Uebergang von unicipes in uticives nicht schwierig finden.

nos cives Romani effecti sunt gewöhnlich von den ganzen Städten Fundi, Formiä u. s. w., so daß der Gedanke ist: das municipes-Werden der Herüberziehenden aus diesen Städten nach Rom habe nach einigen Jahren dadurch aufgehört, daß sie selbst in den Römischen Staat aufgenommen worden seien. Aber theils ist dieser Gedanke selbst nicht recht am Ort, theils würde man dann eher postea oder die Bezeichnung einer langen Zeit nachher erwarten. Mir scheinen die Worte auf die Herüberziehenden selbst zu gehen. Diese, sagt die Quelle, wurden nach einigen Jahren Römische Bürger. Und zwar wahrscheinlich blos dadurch, daß sie eine gewisse Zeit hindurch die Lasten der Römischen Bürger getragen, namentlich im Heere gedient hatten. Hiermit hatte es aber folgende nähere Bewandtniß.

Das Recht des municipium war in dem alten Latinischen Bündniß zwischen Rom und Latium festgesetzt, oder wahrscheinlicher nur erneuert und dann auch auf die Herniker übertragen worden. Dionysius erwähnt es, wie manche andere schon früher begründete Rechte, in der Relation über dieses Bündniß selbst nicht, wohl aber einige Jahre später, wo er einer andern Quelle folgen mochte, deren Ausdruck municipes er mit *ἰσοπολῖται, πολῖται* wiedergibt (7, 53. 8, 69. 70. 77.). Die nähere Behandlung solcher municipes in dem Staate, welcher sie aufnahm, war sicher nicht im Bündniß festgesetzt; sie hing von dem Staate selbst ab. Wie sie aber Rom behandelte, sehen wir aus einem Beispiel, welches Dionysius aus der Zeit des Beginns des ersten Latinischen Krieges, der mit dem eben gedachten Bündniß schloß, berichtet. Viele Plebejer aus den Latinischen Städten, erzählt er 6, 2., begaben sich, in Zwiespalt mit der von den Tarquiniern gewonnenen Adelspartei, die sie gern scheiden sah, nach Rom; *ὑποδεχόμενοι δ' αὐτοὺς οἱ Ῥωμαῖοι, τοὺς μὲν ἅμα γυναιξὶ καὶ τέκνοις ἀφικνομένους εἰς τὰς ἐντὸς τείχους κατέταττον στρατείας, τοῖς πολιτικοῖς ἐγκαταμιγνύντες λόχοις· τοὺς δὲ λοιποὺς εἰς τὰ περὶ τὴν πόλιν ἀποστέλλοντες φρούρια, καὶ ταῖς ἀποικίαις ἀπομερίζοντες, ἵνα μή τι νεωτερίσειαν, εἶχον ἐν φυλακῇ.* Nur also die mit Weib und Kind sich übersiedelnden Latiner behandelte man wirklich sogleich als municipes im vollen Sinne, indem man sie, wie schon unter Tarquinius Superbus alle Latiner (Liv. 1, 52.), in die Cohorten und Manipel der städtischen Legionen aufnahm, ganz dem Princip entsprechend, wonach man auch Freigelassene, nur wenn sie Kinder hatten, zum Kriegsdienst (Liv. 22, 11.) und selbst zu einer ländlichen Tribus zuließ (Liv. 45, 15. Verfassung des Serv. Tull. S. 554.). Die übrigen werden sich erst, besonders wohl durch

Begründung eines eigenen Hausstandes, haben bewähren müssen. Umgekehrt erzählt Dionysius 7, 18. von der Hungersnoth in Rom im J. 264., die benachbarten Städte hätten die Römer *πολιτείας τε μεταδόσει καὶ ἄλλων φιλανθρώπων ἐλπίσιν* zur Uebersiedelung eingeladen und viele seien mit ihren Familien (*πανοικεσίᾳ*) der Einladung gefolgt. Da er aber hinzufügt, daß manche von ihnen später nach Rom zurückgekehrt, andere aber geblieben seien, so ist jenes Anerbieten der Ertheilung des Bürgerrechts ohne Zweifel auch so zu verstehen, daß sie zunächst municipes und als solche nach einigen Jahren Bürger werden sollten, welches letztere denn eben nicht alle abwarteten.

Als nun Latium unterworfen war, hoben die Römer das uralte Recht des municipium mit den Latinern zwar nicht auf, regulierten es aber, soweit es den Römischen Staat betraf, durch das von Livius erwähnte Gesetz. Livius nennt dieses lex schlechthin, was bei leges latae nicht gewöhnlich ist. Wahrscheinlich war dasselbe also eine Stelle aus den officiell namenlosen leges datae, durch welche der Römische Senat die Rechte der Latinischen Städte ordnen ließ und auf denen eigentlich das spätere sogenannte ius Latii beruhte. Wenn dieses Gesetz nun sagte, daß die, qui stirpem ex se domi relinquerent, Römische Bürger werden sollten, so hatte es offenbar nach altem Princip Familienväter vor Augen, die mit Weib und Kind nach Rom zogen; diese sollten nun, da man Latium nicht mehr zu fürchten hatte, als tüchtige, vertrauenswerthe Leute schon sofort das Römische Bürgerrecht erhalten. Die Zurücklassung wenigstens eines — natürlich männlichen — Sprossen ihres Hauses, ohne Zweifel mit einem bedeutenden Theile ihres Vermögens, war nur darauf berechnet, den Latinischen Städten keinen Nachtheil durch Entkräftung zuzufügen. Dabei war aber gewiß die Meinung, daß andere als Familienväter gar nicht mehr nach Rom ziehen und das Recht des municipium gebrauchen sollten. Allein man handelte auf doppelte Weise in fraudem legis. Einige, welche Kinder hatten, zogen nach Rom, — aber nachdem sie auch ihr zurückgelassenes Kind einem Römer zur Freilassung mancipirt hatten [2]). Sie thaten nicht dem Römischen Staate, der ja ganze Familien gern ins Bürgerrecht aufnahm, aber durch jene Mancipation ihrer Vaterstadt

---

[2]) Die Mancipation konnte nicht bloßes mancipium bewirken, weil sie an dem Bürger eines anderen Staates geschah, mithin das meum ex i. Q. esse aio nicht blos die Familie, sondern auch die Staatsfreiheit des Mancipierten ergriff und aufhob.

(sociis) Unrecht. Andere, welche keine Hausstände hatten, sagten, da sie ohne stirps wären, so wollten sie, nicht um als Familienväter Römische Bürger zu werden, nach Rom ziehen; aber als municipes müßten sie in Rom nach dem alten nicht aufgehobenen Recht des municipium] aufgenommen werden, worauf sie denn später durch Begründung eines Familienstandes oder durch längeres Leisten der munera publica ebenfalls das Bürgerrecht zu erwerben gesucht haben werden. Sie thaten, wenigstens zunächst, nur dem Römischen Staate Unrecht, da sie cives Latini blieben, als solche auch die Latinischen Staatslasten tragen mußten und ihre Kinder, selbst wenn sie mit einer Römerin gezeugt waren, (nach der Lex Mensia) Latiner wurden. Eine imago iuris wandten aber auch sie vor, weil sie sich auf ein altes durch das gedachte Gesetz der Absicht nach, wenn auch nicht ausdrücklich abgeschafftes Recht stützten. Wogegen das spätere Uebergehen in den Römischen Staat dadurch, daß man nach Rom zog und sich im Census als Römischer Bürger angab, reiner Betrug war.

Wir lesen nicht, daß auch gegen die, welche Römische municipes wurden, vom Römischen Senat andere Maßregeln erbeten und ergriffen worden seien, als das allgemeine redire socios in civitates iuberi. Es war nicht nöthig, da man es in der Gewalt hatte, sie nicht zum Bürgerrecht zuzulassen. Gegen das gewaltsame oder heimliche Eindringen in das Bürgerrecht erging aber bekanntlich später die allgemeine und schärfere Lex Licinia Mucia. Während jener Zeit wurde nun aber auch noch für gewisse andere verdienstliche Handlungen der Latiner gegen den Römischen Staat, auch ohne daß sie nach Rom gezogen waren, aber so, daß sie mit ihrer ganzen Familie dahin ziehen konnten, das Bürgerrecht als Belohnung ausgesetzt, so daß jetzt das alte municipem fieri durch Uebersiedelung mit Frau und Kindern und das sich daran anschließende post aliquot annos muneribus functum civem Romanum fieri sich in zwei verschiedene gesetzlich näher bestimmte Erwerbarten des Römischen Bürgerrechts auseinandergelegt hatte, und es knüpfte sich nun überhaupt an das iure Latii civitatem adipisci der Begriff des Erwerbs des Bürgerrechts durch Verdienst nach allgemeinen Grundsätzen, im Gegensatz des mehr auf persönlicher Gunst beruhenden donare civitate Romana, welches bei Latinern und Peregrinen vorkommen konnte und ursprünglich zwar vom Römischen Volke, mit der Zeit aber immer mehr von Römischen Großen, denen das Recht dazu gesetzlich verliehen war, ausging (Cic. pro Balb. 17. 20—24. pro Arch. 24. 27. pro Scauro 43. Verr. 2, 20. 37. Plutarch. Mar.

28. Plin. H. N. 5, 5.) und in der Folge auf die Kaiser überging. Es gehörte aber jene Erwerbart auch zu der Verfassung der Latiner, sowohl der alten socii als der spätern coloniarii, die überhaupt eine ähnliche Mittelstufe zwischen den Peregrinen und den Römischen Bürgern bildeten, wie im Römischen Staat der equester ordo zwischen den Plebejern und dem Senat, und denen daher auch ebenso, wie man den Ritterstand eine Pflanzschule des Senats nannte, bestimmte Wege eröffnet waren, um sich zu Römischen Bürgern emporzuschwingen.

Allein eben in dieser dem Römischen Staat und Civilrecht verwandteren Stellung der Latiner war es auch begründet, daß, wenn sie sich das Römische Bürgerrecht iure Latii erwarben, sie es auch familienmäßig erlangten, d. h. mit Frau und Kindern und so daß ihre Kinder als iusti liberi in die väterliche Gewalt kamen. So bestimmten es nicht blos die Lex Servilia und die ihr ähnlichen, sondern es galt, wie wir aus der Stelle des Gaius schließen dürfen, auch nach dem Uebersiedelungsgesetz bei Livius und gewiß auch schon in alter Zeit, wenn man Latinische municipes ins Bürgerrecht aufnahm. Auch haben wir keinen Grund zu bezweifeln, daß jene älteren Erwerbarten des Bürgerrechts sämmtlich auf die durch Verleihung des ius Latii entstandenen Latini coloniarii der Kaiserzeit übergegangen seien. Vielmehr wird dieses durch das Recht der Latini Iuniani bestätigt, von denen wir nun erst erkennen, daß ihre Nachbildung nach dem Stande der Latini coloniarii sich besonders auch auf die hervorstechendste Seite ihres Rechts, ihr Gelangen zum Römischen Bürgerrecht, erstreckte. Man kann dieses auf zwei Hauptarten zurückführen: liberis und durch verdienstliche Handlungen. Die erstere, schon von der Lex Aelia Sentia und Iunia selbst eingeführt und später durch die erroris causae probatio erweitert, war eine Nachbildung des Uebersiedelungsgesetzes bei Livius, namentlich auch darin, daß der Latiner auf diese Weise mit Weib und Kind zu einer Römischen Familie erhoben wurde, wogegen es hier, bei einem aus dem Römischen Staat selbst Hervorgegangenen, des Uebersiedelns selbst und der stirps domi relicta natürlich nicht bedurfte. Die andere ahmte den Vorschriften der Lex Servilia und ähnlicher nach, und gewiß gelangte auch der Libertus Latinus, wenn er noch nicht legitimierte Frau und Kinder hatte, durch diese verdienstlichen Handlungen sogleich mit seiner ganzen Familie zum Bürgerrecht und erwarb die väterliche Gewalt über seine Kinder. Dagegen gehörten die Fälle, daß der Latiner von seinem Manumissor durch iteratio oder vom Kaiser mit dem Bürgerrecht beschenkt worden war, der dem iure La-

tii civitatem consequi entgegengesetzten Erwerbart des Bürgerrechts an, wodurch er also auch nur persönlich Bürger wurde. Damit ihm jedoch diese persönliche Standeserhöhung nicht schade, verordnete nachher ein Senatusconsult unter Hadrian (denn wahrscheinlich ist doch beides durch Ein Senatusconsult vorgeschrieben worden), daß er auch als Römischer Bürger noch die anniculi und erroris causae probatio vornehmen dürfe, um sich und den Seinigen das volle Bürgerrecht zu verschaffen (Ulp. 3, 4. Gai. 3, 73.).

Gestützt auf diesen geschichtlichen Zusammenhang der ganzen Materie läßt sich nun die Stelle des Gaius folgendermaßen herstellen, wobei wir jedoch auf eine wörtlich richtige Restitution nur für den Schluß der 24sten Zeile Anspruch machen, wo Blume die Zeichen der Handschrift erkannt hat, und daher auch nur da die Siglen wiedergeben.

> Alia causa est eorum, qui Latii iure cum liberis suis ad civitatem Romanam perveniunt: nam horum in potestate fiunt liberi. quod ius quibusdam peregrinis *datum est, eoque pertinet, quod Latini eo, quod stirpe ex se domi relicta, cum uxore liberisque Romam migrant, et aliis quibusdam rebus et sibi et uxori liberisque suis civitatem Romanam qrunt* (quaerunt). *Illud ů* (vero) *ius, p̄ q̄* (per quod) *Latini et.* (etiam) *eo, q̄* (quod) magistratum gerunt, civitatem Romanam consequuntur, minus latum est, cum hi tantum *ipsi*, qui magistratum vel honorem gerunt, ad civitatem Romanam perveni*a*nt. idque compluribus epistulis Principum significatur.

Hiernach erweist sich Niebuhrs Vorschlag (Röm. Gesch. Bd. 2. S. 92.), der statt latum (in der HS. lattum) Latium lesen wollte und einen ebenso im Ausdruck wie in der Sache unerhörten und in sich selbst unbegreiflichen Unterschied zwischen maius Latium, wodurch alle, quicunque Romae munus faciunt, und minus Latium, wodurch nur die, welche ein Amt in ihrer Vaterstadt bekleideten, zum Bürgerrecht gelangt wären, annahm, als völlig unhaltbar. Vgl. Puchta Instit. §. 62. S. 237. Anm. i.

Warum wirkte nun aber diese Erlangung des Bürgerrechts durch Ehrenstellen in den Latinischen Colonien nicht auch für die ganze Familie? Offenbar, weil ihr ein ganz anderes Princip zum Grunde lag. Dieses Recht, welches schon in den alten Latinischen Colonien gegolten haben muß, da es nach dem Zeugniß des Cicero und Asconius schon bei der ersten Bewidmung mit dem ius Latii als Ausfluß desselben den Transpadanern mit ertheilt wurde, bezweckte hauptsächlich nur, sich der

Treue dieser Colonien zu versichern, nebenbei später auch zur Bekleidung von solchen Stellen aufzumuntern. Jeder, der daselbst eine Ehrenstelle bekleidete, mit der der Eintritt in die Curie verbunden war, also nicht auch etwa ein städtisches Priesterthum, sollte Römischer Bürger werden. Man vergleiche außer den angeführten Stellen noch Plin. Paneg. 39. Laeti ergo adite honores, capessite civitatem — und die Tergestiner Inschrift Orell. 4040. mit weit besserem Texte in Göttling funfzehn Röm. Urkunden S. 76.[3]) uti Carni Catalique adtributi a Divo Augusto reip. nostrae, prout qui meruissent vita atque censu, per aedilitatis gradum in curiam nostram admitterentur ac per hoc civitatem Romanam adipiscerentur; und nachher v. 32. admittendo ad honorum communionem et usurpationem Romanae civitatis et optimum et locupletissimum quenque. Die Aedilität wird hier allein erwähnt, weil sie die erste Stufe der zum Decurionat berechtigenden

[3]) Auch diese bessere Abschrift, zum Theil wohl das Original selbst, bedarf aber noch mehrerer Verbesserungen außer denen, welche schon Andere vorgeschlagen haben. Man lese Col. I. Z. 14. tam salubri in*vent*o (statt ingenio). Z. 20. ut a diu ve*l* saepe factur*is* (statt ut adiuvet saepe facturus). Z. 27. excu*bu*erit atque omnem praestantiam ass*u*er*i*t (statt asseverat). Col. II. Z. 3. 4. ut *Camu*ni Catalique attributi a divo Augusto (quondam reipublicae ergänzt dann mit Recht A. W. Zumpt Comm. epigr. p. 471); nämlich nach Plin. 3, 20, 24. Ex iis (Latini iuris Euganeis gentibus) Triumpilini . . . dein Camuni compluresque similes finitimis attributi municipiis. Die Cataler hat er kurz vorher erwähnt. Z. 14. per honorari a*d*numerationem (statt per honorariae numerationem) und dann *et sint* s*imul*. Z. 16. 17. adque gratiam habendam ut in secula permansur*o* (statt permansuram) eiusmodi beneficio. Z. 19. *Rom*am ire. Z. 22. illud certe proxime fieri oportu*it a* n(*ostro*) o(*rdine*). Z. 26. uti ad *posteros* nostros tam vo*ltus* amplissimi viri. Z. 29. *e*ius (st. pius). Z. 30. et in hoc p*l*us (statt pius) publici beneficii. Z. 33. uti *patiatur* se in hanc rem ad Se*ver*um (statt adsensum) suum legari. Tergeste war übrigens wohl colonia civ. Rom. Colonia schlechthin heißt es bei Plin. H. N. 3, 18 (22) und Ptolem. 3, 1, 27., was in Italien auf eine col. c. R. bezogen werden muß. Außerdem spricht dafür Hirt. de B. G. 8, 24. Legionem XII Caesar in togatam Galliam mittit, ad colonias civium Romanorum tuendas, ne quod simile incommodum accideret decursione barbarorum ac superiori aestate Tergestinis, qui repentino latrocinio atque impetu eorum erant oppressi. Zumal wenn man erwägt, daß Cäsar 705 der ganzen Gallia togata, d. h. den selbständigen Städten das Bürgerrecht gab (Dio 41, 36.) und nun Tergeste doch Colonie blieb. Ihren Unterthanen wird aber Augustus bei der Attribution das ius Latii verliehen haben, wenn sie es nicht schon seit der Bewidmung der Transpadaner mit dem ius Latii durch Pompeius Strabo hatten. Vgl. Plin. 3, 20, §. 138.

Ehrenämter war.[4]) Die Inschrift bei Gruter. 174, 3. L. Aemilius M. F. M. N. Quir(*ina*) Restitut(*us*) domo Rom(*a*) qui et Kartaginensis et Sicelitanus Lacedemon(*ius*) et Argivus Batestanus scriba quaestorius scriba aedilitius civis adlectus ob h(*onorem*) aedilitatis hoc opus test(*amento*) suo f(*ieri*) i(*ussit*), welche Spanhem. Orb. Rom. 2, 1. p. 118. auf dieselbe Sache bezieht, gehört jedoch nicht hieher. Dieser L. Aemilius, von Haus aus ein Römer aus Rom (vgl. Gruter. 174, 4.), war in der Colonie Carthago nur deshalb zum Mitgliede der Stadtgemeine gewählt, um das Amt der Aedilität bekleiden zu können. Wahrscheinlich steht aber civis hier auch nur für municeps in dem damaligen Sinne des Wortes, wonach man denjenigen so nannte, der, ohne eigentlicher Stadtbürger zu sein, doch wegen Schwägerschaft oder Nachbarschaft zur Uebernahme eines städtischen Amtes aufgefordert und aus triftigen Gründen auch wohl genöthigt werden konnte. Fronto ep. ad amic. 2, 10. — So sollte also das ganze Stadtregiment in den Latinischen Colonien Römisch sein oder doch immer mehr Römisch werden, um ihm ein höheres Ansehen zu verleihen und durch dasselbe die Colonien politisch an Rom zu ketten. Keineswegs aber wollte man diese Decurionen ihrer Stadt völlig entfremden und dem Römischen Staat als integrirende Bestandtheile einverleiben, was geschehen sein würde, wenn sie mit ihren Familien in das Römische Bür-

---

Sie verhielten sich nun ähnlich, wie schon früher die einer colonia civ. Rom. abscribierten Latiner, welche auch blos deren municipes waren, indem sie Latinisches Recht behielten Liv. 34, 42. Vgl. auch Liv. 8, 14. §. 8. 3, 1. 4, 2. Eine falsche Vorstellung ist es, August's Italien sich durchgängig mit Römischen Bürgern besetzt zu denken. Wohl aber hatte es nur Römer und Latiner zu Bürgern.

[4]) Dieses zeigen außer Strabo a. a. O. Petron. 44. (der Census der frühern Kaiserzeit S. 94. Anm. 194.) und Tertullian. Apol. 46. Si de modestia certem, ecce Pythagoras apud Thurios, Zeno apud Prienenses tyrannidem affectant; Christianus vero nec aedilitatem. Vgl. auch Spartian. Hadr. 18. und Pers. 1, 138., wo die Aufgeblasenheit der Aedilen wohl den Stolz auf das erste erlangte Amt bezeichnen soll. Das Album Canusinum Fabrett. IX, 9. erwähnt von oben anfangend: Quinquennalicii, IIviralicii, aedilicii, quaestoricii, so daß die Quästur als das unterste Amt erscheint. Aber man fing wohl bald mit der einen bald mit der andern Magistratur an. Darauf deutet Strabo a. a. O. und daß auch in Rom bald die Quästur, bald die Aedilität als erste Stufe zu den höhern Ehrenämtern genannt wird. Vgl. die Ausleger zu Cic. de legg. 3, 3. Jetzt auch A. W. Zumpt comm. epigr. p. 130. 171.

gerrecht aufgenommen worden wären. Ganz eben so behandelten die Römer frühzeitig die abhängigen Bundesgenossen, z. B. die Samniter, indem sie den principes derselben das Bürgerrecht gaben. Vellei. 1, 14. §. 3. Strab. 6, 1. §. 6. p. 258. Liv. 5, 11. 14.

Bei beiden werden die Römer durch ihren Einfluß auf das Civilrecht der Bundesgenossen auch dafür gesorgt haben, daß den Neubürgern ihre Standeserhöhung nicht in ihren einheimischen Rechtsverhältnissen nachtheilig wurde.

Inzwischen sind die auch für diese Frage sehr wichtigen Fragmente der Leges Flaviae — so wird man sie im Alterthum genannt haben — für die Latinischen Gemeinen Salpensa und Malaca von Mommsen in Deutschland bekannt gemacht worden. Im Wesentlichen scheinen sie mir nichts zu enthalten, was unserer vorstehenden Darstellung widerspräche. Dagegen lernen wir aus ihnen und Mommsens Erläuterung derselben folgendes Neue.

1. Der Erwerb des Bürgerrechts durch Bekleidung einer Magistratur geschah nach dem Stadtrecht von Salpensa Rubr. 21.[a]) 25. für die ordentlichen jährigen Behörden, Duovirn oder kaiserlichen Präfecten, Aedilen, Quästoren, nicht auch für den vom verreisenden Duovir (nach Analogie des Römischen Präfectus urbi L. 2. §. 33. D. de orig. iur.) zurückzulassenden Präfecten, sobald sie ihr Amt nach Ablauf des Jahres niedergelegt hatten.

2. Mit ihnen erwarben nach dieser Lex das Bürgerrecht zugleich ihre Eltern, Ehefrauen und aus Latinisch rechter Ehe erzeugten Kinder und Enkel.

3. Alle, welche nach diesem Gesetz oder dem Edict von Vespasian, Titus oder Domitian das Bürgerrecht erworben haben werden, bleiben

---

a) [Qui IIvir aedilis quaestor ex hac lege factus erit, cives Romani sunto, cum post annum magistratu] abierint, cum parentibus coniugibusque ac liberis, qui legitumis nuptis quaesiti in potestatem parentium fuerint, item nepotibus ac neptibus filio natis natabus, qui quaeque in potestate parentium fuerint; dumne plures cives Romani sint, quam quod (d. i. quot) ex hac lege magistratus creare oportet. Ich halte diese Restitution Mommsens dem Wesen nach für durchaus richtig, nur daß im Vordersatz mehr gestanden haben wird (namentlich noch qui Latini erunt oder qui cives Romani non erunt), woraus sich denn auch die Structur des Nachsatzes besser erklärt.

in der bisherigen potestas, manus, mancipium dessen, der nach diesem Gesetz Römischer Bürger wird, nunmehr nach Römischem Recht, und haben auch das Römische ius tutorem optandi[b]). Eben so behalten alle ihr bisheriges Recht an ihren eigenen oder elterlichen Freigelassenen. R. 22. 23.

Wäre das hier unter 2. und 3. Erwähnte Wirkung des ius Latii gewesen, so würde es allerdings mit unserer Restitution der Stelle des Gaius im Widerspruch stehen. Die letztere sagt aber, man mag sie nehmen wie man will, immer aus, daß iure Latii das Bürgerrecht durch Amt nur persönlich erworben wurde, und genauer angesehen, bestätigt dieses auch das Aes Salpens. XXII. XXIII. dadurch, daß daselbst blos jene Erstreckung des Bürgerrechts auf Eltern, Frauen, Kinder und Enkel ursprünglich auf Edicte der drei letzten Kaiser zurückgeführt wird[c]), was nicht denkbar wäre, wenn sie schon in dem ius Latii selbst gelegen hätte; denn dieses war blos von Vespasian und ohne Zweifel nicht in der Form eines dazu ganz unpassenden Edicts den Spanischen Städten ertheilt worden. Durch Edicte machten die Kaiser damals noch ebenso wie die Prätoren u. s. w., beson-

---

[b]) Es ist hier nur das gewöhnliche Recht der tutela optiva der Frauen aus dem Testament ihrer Männer gemeint und das ortus orta, mutatus mutata, welches dazu verleiten könnte, ein solches Recht nach der Lex auch für eine Person männlichen Geschlechts anzunehmen, auf den Mann, der das Recht gibt, und die Frau, der es gegeben wird, zu beziehen, was freilich schlecht ausgedrückt ist, wenn man nicht vir uxor einsetzen will. Warum hatte aber eine solche Neubürgerin an sich das Recht der tutoris optio aus dem Testament ihres Mannes nicht? Man sage nicht, weil das Testament durch die civitatis mutatio ungültig wurde; denn offenbar denkt das Gesetz auch an ein später gemachtes Testament, da es den Unfähigkeitsgrund durch die Fiction quod haberet, si a cive Romano ortus orta neque civitate mutatus mutata esset aufhebt. Sondern weil dieses Recht auf der in manum conventio beruhte, nicht auf der zur Zeit des Testaments oder des Todes bestehenden Manus, und darum eine Römische in m. conventio voraussetzte, welche für die Neubürger nicht stattgefunden hatte. Die in m. conventio war aber deshalb seine Grundlage, weil die Wahl des den Ehemann vertretenden Tutor in der Wahl des Ehemanns wurzelte, wodurch sich die materfam. von einer unwillkührlich in der potestas stehenden Tochter unterschied. Die gewöhnliche testamentaria tutela galt also für solche Neubürger ohne Weiteres.

[c]) Der Bürgerrechtserwerb desjenigen, in dessen potestas, manus, mancipium diese bleiben sollen, wird nur auf h. l., dieses Gesetz zurückgeführt, welches die Wirkung des ius Latii in sich aufgenommen hatte.

ders in solchen Angelegenheiten, wegen welcher man sich fortwährend an sie wandte, die von ihnen zu befolgenden Grundsätze bekannt und dahin gehörte namentlich die Ertheilung des Römischen Bürgerrechts, wie denn darüber auch Gaius 1, 55. 93. ein Edict von Hadrian erwähnt und ein ähnliches von Trajan Plin. Paneg. 37—39 voraussetzt. So hatte denn zuerst Vespasian das Princip durch ein Edict aufgestellt, welches auch seine beiden Nachfolger beibehielten, daß, wenn Jemand — wahrscheinlich nur in den neuen Latinischen Städten — in Rücksicht des iure Latii von ihm zu erwerbenden Bürgerrechts auch für seine Eltern, Frau, Kinder und Enkel das Bürgerrecht zu erlangen wünsche, er es ertheilen werde, gewiß auch schon mit den nähern Bestimmungen über Fortdauer der Potestas und der Rechte über die Freigelassenen[d]). Er mochte dieses von der andern Erwerbungsart des Bürgerrechts, durch eine für den Römischen Staat verdienstliche Handlung, entlehnt haben, so daß vielleicht in der Lex Servilia auch schon die Eltern des siegreichen Anklägers mit zum Bürgerrecht befördert wurden. Als aber Domitian diesen Städten sein Stadtrecht verlieh, nahm er darin dieses Princip sogleich mit auf und es bildete nun ein dauerndes Privilegium derselben, wie es dergleichen viele gab[e]). Manche mochten nun auch glauben, diese ausgedehntere Beförderung zum Röm. Bürgerrecht liege schon im ius Latii selbst, und sie daher auch für Latiner aus Städten älterer Creation oder doch ohne ein solches Flavisches Stadtrecht in Anspruch nehmen. Diese wurden aber durch die complures epistulae principum belehrt, die Gaius am Schluß unseres Paragraphen anführt, wogegen wohl Niemand Schuldefinitionen von maius und minus Latium in kaiserlichen Schreiben suchen wird.

Zum vollen Verständniß dieser Materie gehört noch die richtige Erklärung[5]) folgender Stelle des Plin. Paneg. 37. His vicesima

---

[d]) Eine ganz andere Ansicht von diesen Edicten sowohl als auch von der Stelle des Gaius hat Mommsen in seiner Erläuterung der Spanischen Stadtrechte S. 390. 405. aufgestellt. Hinsichtlich der letzteren geht er auch von einem vermeintlichen doppelten ius Latii aus.

[e]) Ein ähnliches aus dem Personenrecht vgl. in L. 1. §. 2. D. ad munic. (50, 1.).

[5]) Ich habe diese, auch nachdem mir inzwischen die Abhandlung von Bachofen über die Erbschaftssteuer, ihre Geschichte, ihren Einfluß auf das Privatrecht, in dessen ausgewählten Lehren des Civilrechts Bonn 1848. S. 322 flg.

reperta est, tributum tolerabile et facile heredibus duntaxat extraneis, domesticis grave. Itaque illis irrogatum est, his remissum: videlicet, quod manifestum erat, quanto cum dolore laturi seu potius non laturi homines essent, destringi aliquid et abradi bonis, quae sanguine, gentilitate, sacrorum denique societate meruissent, quaeque nunquam ut aliena et speranda, sed ut sua semperque possessa ac deinceps proximo cuique transmittenda cepissent. Haec mansuetudo legis veteribus civibus servabatur: novi, seu per Latium in civitatem seu beneficio principis venissent, nisi simul cognationis iura impetrassent, alienissimi habebantur, quibus coniunctissimi fuerant. Ita maximum beneficium vertebatur in gravissimam iniuriam, civitasque Romana instar erat odii et discordiae et orbitatis, quum carissima pignora salva ipsorum pietate (d. h. obgleich sie nichts eine Enterbung Rechtfertigendes gegeneinander verschuldet hatten) distraheret. Inveniebantur tamen, quibus tantus amor nominis nostri inesset, ut Romanam civitatem non Vicesimae modo verum etiam affinitatum damno bene compensari putarent; sed his maxime debebat gratuita contingere, a quibus tam magno aestimabatur. Igitur pater tuus sanxit, ut quod ex matris ad liberos, ex liberorum bonis pervenisset ad matrem, etiamsi cognationum iura non recepissent, quum civitatem adipiscerentur, eius Vicesimam ne darent. Eandem immunitatem in paternis bonis filio tribuit, si modo redactus esset in patris potestatem: ratus, improbe et insolenter ac paene impie his nominibus inseri publicanum, nec sine piaculo quodam sanctissimas necessitudines velut intercedente Vicesima scindi; nullum esse tanti vectigal, quod liberos ac parentes faceret extraneos.

C. 38. — — Statim ergo muneri eius (Nerva's) liberalitas tua adstruxit, ut quemadmodum in patris filius, sic in hereditate filii pater esset immunis. — — — Tu quidem (lies equidem, „selbst"), Caesar, illam exceptionem removisti, *si modo filius in potestate patris fuisset:* intuitus, opinor, vim legemque naturae etc.

C. 39. Nec vero contentus primum cognationis gradum abstulisse Vicesimae, secundum quoque exemit, cavitque, ut in sororis bonis frater, in fratris soror, utque avus, avia in neptis ne-

---

zu Gesicht gekommen, nicht unterdrücken zu dürfen geglaubt, weil mir diese Darstellung — freilich auch noch in vielen andern, hier nicht zu erörternden Puncten — unrichtig scheint.

potisque, et invicem illi, servarentur immunes. His quoque, quibus per Latium civitas Romana patuisset, idem indulsit, omnibusque inter se cognationum iura commisit simul et pariter (so daß nicht jeder einzelne erst darum zu bitten brauchte) et more naturae; quae priores principes a singulis rogari gestiebant, non tam praestandi animo, quam negandi. — — — Sorores estis (lies durch Streichung eines es: Soror estis) et frater, avus et nepotes; quid est ergo, quod rogetis, ut sitis? Vobis (durch euch) estis. Quid? pro cetera sua moderatione non minus invidiosum putat dare hereditatem quam auferre. Laeti ergo adite honores, capessite civitatem; neminem hoc (die Erlangung des Bürgerrechts) necessitudinis abruptum velut truncum amputatumque destituet (es wird dadurch Niemand wie ein von seiner Verwandtschaft gleichsam abgerissener und abgeschnittener Stamm isoliert werden).

Wir sehen aus diesen Stellen, daß die Lex Iulia vicesimaria selbst nur Eltern und Kinder ersten Grades (bei Dio 55, 25. *πάνυ συγγενεῖς*) von der Erbschaftssteuer befreit hatte; denn nur diese sind idem sanguis, wie der Ausdruck consanguinei blos für Geschwister zeigt, nur von ihnen kann man vermöge ihrer — hier, wie im Edict, natürlich zu verstehenden — Personeneinheit sagen, daß sie das Vermögen durch den Tod des Andern nunquam ut aliena et speranda, sed ut sua semperque possessa ac deinceps proximo cuique transmittenda capiunt [6]), nur sie stehen auch in der sacrorum societas der Penaten und der sacra familiaria, indem dieser Ausdruck bekanntlich auch als an die patria potestas (hier wieder im natürlichen Sinne an das Eltern- und Kindesverhältniß) geknüpft gebraucht wird. Endlich sagt Plinius später ausdrücklich, daß erst Trajan die Steuerfreiheit auf den secundus gradus ausgedehnt habe: so daß es kaum zu begreifen ist, wie die Neuern dieses haben übersehen und auf einen viel weiter greifenden Umfang von Verwandten, den die Lex Julia ausgenommen, haben rathen können. Eltern und Kinder selbst aber, als die einzigen, welche eigentlich nicht erbten, sondern nur behielten,

---

[6]) Man vergleiche außer der bekannten auf das alte Civilrecht gehenden L. 11. D. de lib. et post. (28, 2.) besonders L. 1. §. 12. D. de success. edicto (38, 9.): Largius tempus parentibus liberisque petendae bonorum possessionis tribuitur, in honorem *sanguinis* videlicet: quia artandi non erant, qui pene ad propria bona veniunt.

was ihnen schon bisher in dem Verstorbenen gehört hatte, nahm das Gesetz auch nur im Falle leiblicher Verwandtschaft aus, da Adoptivkinder bei solchen Vergünstigungen niemals gerechnet wurden. Wie aber das ganze damalige Erbrecht, mochte es Cognation oder Agnation fordern, stets Römische Verwandtschaft voraussetzte [7]), also im Verhältniß zum Vater Zeugung von einem Römischen Bürger ex iustis nuptiis, im Verhältniß zur Mutter Geburt von einer Römischen Bürgerin (denn die Verwandtschaft beruht auf diesen Zeitpuncten ihres Ursprungs), so konnten auch hier nur von Ursprung aus Römisch Verwandte auf die Befreiung Anspruch machen. Alle, welche per Latium oder durch kaiserliches Rescript das Bürgerrecht erhalten hatten, waren davon ausgeschlossen. Mit diesen beiden Beförderungsweisen zum Römischen Bürgerrecht erschöpft Plinius alle hier in Betracht kommende Arten von Neubürgern. Denn an die Latini Iuniani, welche das ius Quiritium erwarben, konnte nicht leicht gedacht werden, da sie selten eine Erbschaft von dem Betrage, welcher der Steuer unterlag, hinterlassen haben werden. Unter dem Ausdruck per Latium begreift er aber auch alle Arten, wie Latini coloniarii zum Bürgerrecht gelangten, obgleich er, wie die Schlußstelle c. 39. zeigt, hauptsächlich an die wichtigste, weil häufigste, die Bekleidung einer Ehrenstelle denkt, die auch stets ein Vermögen von wenigstens 100,000 Sestertien voraussetzte. Doch kam diese ohne Zweifel sehr häufig mit der anderen beneficio Principis in der Weise zusammen, daß, wenn ein solcher Latiner schon Frau und Kinder hatte, er für sie regelmäßig vom Kaiser das Bürgerrecht erbeten und erlangt haben wird (wir fügen jetzt hinzu: sie hatten es häufig auch schon an sich nach den Flavischen Stadt-

---

[7]) Auch der Prätor verlangte für die b. p. unde vir et uxor iustum matrimonium (L. 1. pr. D. unde vir et uxor 38, 11.) nur, daß es bei der Ehe, einem auf Consens beruhenden und gleichsam täglich neu entstehenden Verhältniß, blos auf die Zeit des Todes ankommen konnte, mithin hier nur der Fall von Interesse war, daß der überlebende Ehegatte innerhalb der Zeit der Petition der b. p. das Römische Bürgerrecht erworben hatte. Deshalb legt Plinius in den Erwerb des Bürgerrechts per Latium (nämlich durch Bekleidung von Ehrenstellen) oder durch kaiserliche Gnade ein damnum adfinitatum, indem hier die Frau Nicht-Römerin blieb — wiewohl der Ausdruck zugleich für cognationes steht (wie c. 39. §. 6. remotus iamque deficientis affinitatis gradus). Aus eben diesem Grunde mit war es auch noch zu Seneca's Zeit ein gerechter Grund des Repudium, wenn es sich hinterdrein zeigte, daß der weibliche Theil Peregrina war. Senec. de benef. 4, 35.

rechten). Jedenfalls hat Plinius nur Römische Bürger als Eltern oder Kinder vor Augen, welche von Römischen Bürgern als Eltern oder Kindern erbten. Denn nur auf solche kann sich das redigere in patris potestatem und iura cognationis recipere beziehen, von dem er spricht (Gai. 1, 128.), und wenn auch übrigens die Latiner mit den Römern testamentifactio hatten (Cic. pro Caec. 35.), so unterlagen doch nur von Römern an Römer vererbte Erbschaften der Steuer [7*]). Wenn nun aber auch ein Latiner mit Weib und Kind, z. B. durch eine erfolgreich durchgeführte Anklage, das Römische Bürgerrecht erwarb oder der Kaiser einem Decurio gewordenen Latiner das Bürgerrecht für Weib und Kinder bewilligte und diese zugleich als seine iusti liberi in seine Gewalt brachte, so kam solchen Eltern und Kindern bei ihrer testamentarischen Beerbung deshalb dennoch nicht die Immunität zu Gute; denn die erst hinterdrein eingetretene Legitimation, mochte sie auch mit dem Ausdruck tanquam si eum ex iustis nuptiis procreasset bezeichnet sein, wirkte immer erst von der Zeit an, wo sie geschah, und so blieb die Verwandtschaft, die, wie anfangs bemerkt wurde, immer eine leibliche Römische sein mußte, stets eine nicht Römische, eben so wie bei einem Sclaven, den sein Erzeuger manumittiert und arrogiert oder durch kaiserliches Rescript legitimiert hatte (L. 46. D. de adoption. 1, 7. L. 32. D. de ritu nupt. 23, 2.). Man mußte daher, um der Befreiung von der Steuer theilhaftig zu werden, sich noch die iura cognationum mit einander vom Kaiser auswirken, die hier etwas der natalium restitutio beim Freigelassenen Aehnliches sind. Für die Fähigkeit zur Römischen Erbfolge bedurfte es der Ertheilung der iura cognationum wenigstens für Vater und Sohn, wenn dieser in die Gewalt gekommen war, nicht, weil die civilrechtliche auf der zur Zeit des Todes vorhandenen Personeneinheit und dominii continuatio oder auf der späteren manumissio e mancipio beruhte und der Prätor dem emancipatus das Recht des suus verlieh. Wohl aber war sie auch für das Verhältniß zwischen Vater und Kindern ohne in potestatem redactio der letztern und ungeachtet derselben für das Verhältniß zwischen Mutter und Kindern behufs der prätorischen oder

[7*]) Denn warum hätte es sonst der Ausdehnung des Röm. Bürgerrechts auf alle Reichsbewohner, von denen so viele Latinisches Recht hatten, bedurft, um die Vicesima einträglicher zu machen? Es hätte genügt, nur die Peregrinen zu Latinern zu machen.

neuern Civil=Erbfolgen nothwendig, weil sonst zwischen ihnen gar keine Römische Verwandtschaft bestanden hätte.

Die erste Erleichterung in diesem strengen Rechte ließ nun, wie Plinius berichtet, Nerva eintreten, indem er Mutter und Kindern, etiamsi cognationum iura non recepissent, quum civitatem adipiscerentur, die Immunität verlieh und dasselbe Recht auch dem Sohne bei Beerbung seines Vaters wenigstens dann gab, wenn er in dessen väterliche Gewalt gebracht worden war (denn sonst hätte sich dieses überhaupt mehr civilrechtliche Verhältniß auch noch nicht einmal hinterdrein als ein Römisches herausgestellt, was man bei dem an sich naturrechtlichen Verhältniß zur Mutter nicht sagen konnte). Trajan ging aber weiter, indem er 1) auch dem Vater bei Beerbung des Sohnes dieselbe Immunität zugestand; 2) die (nur uneigentlich so genannte) Einrede des Publicanus, daß der Sohn nicht in die väterliche Gewalt gekommen sei (was, wie wir jetzt aus der L. Flav. Salp. 22. sehen, bei emancipierten oder nicht iuste erzeugten Kindern die Regel war), bei Beerbung des Vaters durch den Sohn und umgekehrt, aufhob; 3) die Befreiung auch auf den zweiten Grad erstreckte, so daß nun überhaupt die decem personae ausgenommen waren, und dieses auch auf die Neubürger, jedoch nur die per Latium ins Bürgerrecht gekommenen (also noch mit Ausschluß der früheren Peregrinen und der beneficio Principis beförderten Latiner) dergestalt ausdehnte, daß sie auch in diesem Grade der Ertheilung der iura cognationum nicht bedürfen sollten, welche früher oft (für die Intestaterbfolge und die für die solidi capacitas von den leges decimariae erforderte Cognation) vergeblich erbeten worden war. Weiterhin fügt Plinius noch hinzu, 4) daß auch die übrigen Verwandten bis zum sechsten Grade und selbst noch der sobrino sobrinave natus (remotus... iamque deficientis affinitatis gradus) nicht mehr von jeder nach der Lex Julia selbst steuerbaren Erbschaft (welche Lex selbst auch schon ganz kleine Erbschaften, wahrscheinlich unter 10,000 HS., ausgenommen hatte Dio l. c. Plin. Paneg. 37.), sondern nur von einem gewissen Betrage, wahrscheinlich 100,000 HS., an steuern[8]); 5) daß das auf das Begräbniß des Te=

---

[8]) Wohlbedacht habe ich in der Schrift über den Census und die Steuerverfassung der frühern Kaiserzeit S. 94. unter die Belege, daß damals 100,000 HS. der Betrag eines großen Vermögens gewesen seien, nicht auch die nach der Lex Julia selbst steuerbare Erbschaft vermuthungsweise aufgenommen, wie dieses seitdem von Rudorff (Zeitschr. Bd. 12. S. 387.) und Bachofen S. 340.

stators Verwandte, wobei dem Publicanen kein Beschränkungs= und Erinnerungsrecht wegen des Betrags zustehe, stets von der Erbschaft vorabgezogen werden und 6) alles Dieses auch rückwirkende Kraft für die noch rückständigen Steuern haben, endlich 7) alle Rückstände der Steuer aus der Zeit vor dem Regierungsantritt des Kaisers niedergeschlagen sein sollten. Von diesen Bestimmungen scheint jedoch die unter 4) sich nicht auch auf die Neubürger bezogen zu haben.

Nach diesen Veränderungen Trajans, denen für die Peregrinen das Senatusconsult unter Hadrian entsprach, nach welchem ihre von einer Römerin ehelich erzeugten Kinder ihre iusti liberi und ohne Zweifel auch nach peregrinischem Recht erbfähig sein sollten (Gai. 1, 77.), wird nun auch der Prätor seine c. t. und unde liberi b. p., die nach altem Recht blos den zugleich in die väterliche Gewalt gebrachten Neubürgern zugestanden haben kann, allen Neubürgern im Vermögen ihres Römischen Vaters ertheilt haben. So war es wenigstens zu Ulpians Zeit Rechtens. Collat. 16, 7. §. 2. Suis Praetor solet emancipatos liberos, itemque civitate donatos coniungere data bonorum possessione. Wahrscheinlich aber auch schon zu Gaius Zeit, wenn man 3, 20. mit 26. vergleicht. Hat doch auch sonst die Erbschaftssteuer mehrfach einen wichtigen Einfluß auf das Römische Erbrecht geäußert. Wir erwähnen nur eine Bestimmung, zugleich weil sie in der Geschichte des Römischen Intestaterbrechts gewöhnlich ganz übersehen wird.

Aus Ulpians Institutionen referiert die Collat. 16, 9, 3. Sed imperator noster in hereditatibus, quae ab intestato deferuntur, eas solas personas voluit admitti, quibus decimae immunitatem ipse tribuit. Antoninus Caracalla hob also die Intestaterbfolge mit

---

geschehen ist. Bei der Relativität der Begriffe groß und klein muß man in solchen Fällen vorsichtig sein und das Institut ansehen, von dem die Rede ist. Die Lex Julia wollte die Römischen Bürger, nicht die reichen Römischen Bürger besteuern; denn die Vicesima sollte bei ihnen dem tributum der Provincialen entsprechen. Ihr mußte also ein Erbschaftsbetrag unterliegen, der überhaupt für den Staat in Betracht kam, insofern ein großer war. Ein solcher waren nach altem Recht 1000 Asse (Gai. 2, 225. 4, 14.), folglich — nach dem in der angef. Schr. S. 93. nachgewiesenen Entwickelungsgesetz — jetzt 10,000 HS. Daß aber Trajan für Verwandte die Summe von 100,000 HS. als Gränze setzte, dafür spricht, daß Plinius c. 40. die von ihnen zu versteuernde Erbschaft opes und votum (Catull. 23.) im Gegensatz einer modica pecunia nennt, und die Analogie der Lex Furia, welche Verwandten jedwede hohe Summe von Todeswegen zu capieren erlaubte. Sie sollten jetzt nur für den Schutz in einem überflüssigen Erwerbe dem Staate die Abgabe gönnen.

Ausnahme derjenigen Anverwandten, welchen er selbst, wenn sie eingesetzt oder mit Legaten bedacht waren, die Immunität von der Erbschaftssteuer verliehen hatte, völlig auf! Damit erreichte er zweierlei Bereicherungen des Schatzes: einmal daß nun bei weitem häufiger der Fall von bona vacantia eintrat — fast so oft kein gültiges Testament hinterlassen war; denn nicht ohne Absicht sagt Ulpian quibus immunitatem decimae *ipse* tribuit: die alten Immunitäten wurden also aufgehoben und nur noch einige Personen neu ausgenommen, vielleicht blos der erste Grad, in welchem man nicht sowohl eine Erbschaft erwarb als nur sein Eigenes behielt. Zweitens nöthigte er aber Jeden, der einem entfernteren nächsten Angehörigen etwas hinterlassen wollte, dieses durch Erbeseinsetzung oder Vermächtniß zu bewirken, wovon die Decima entrichtet werden mußte, während derselbe früher als Erbe ab intestato keine Erbschaftssteuer gezahlt hatte. So erklärt sich der vielfach mißverstandene Bericht des Dio 77, 9. über diese Sache: *καὶ τοῦ (τέλους) τῆς δεκάτης, ἣν ἀντὶ τῆς εἰκοστῆς ὑπέρ τε τῶν ἀπελευθερουμένων καὶ ὑπὲρ τῶν καταλειπομένων τισὶ κλήρων, καὶ δωρεᾶς ἐποίησε πάσης, τάς τε διαδοχὰς καὶ τὰς ἀτελείας τὰς ἐπὶ τούτοις* (schon Reimarus schlägt richtig vor *ἐπὶ ταύταις*), *τὰς* (lies *τάς τε*) *δεδομένας τοῖς πάνυ προσήκουσι τῶν τελευτώντων, καταλύσας* d. h. et vectigalis decimae, quam pro vicesima constituit, tam eorum, qui manumitterentur, quam hereditatum, quae aliquibus relinquerentur, et omnis legati (fideicommissi etc.), cum et successiones (ab intestato vgl. Salmas. de mod. usur. p. 854) et immunitates in his et quae admodum propinquis defunctorum datae erant, sustulisset. Hiernach hob Caracalla theils die Intestatsuccessionen (die der sui oder auch des ganzen ersten Grades rechnet Dio gar nicht zu den eigentlichen *διαδοχαί*) auf, theils zwei Arten von Immunitäten, die, welche die Intestaterben, und die, welche die sehr nahe verwandten Testamentserben bisher genossen hatten. Diese so tief ins Privatrecht einschneidende Steuer wird inzwischen die Regierungszeit des Caracalla kaum überdauert haben. Bekanntlich hob schon Macrinus dessen Verordnungen über die Vicesima wieder auf (Dio 78, 12) und stellte damit auch die Intestaterbfolge wieder her, deren altes Recht wir daher auch in den Rescripten der spätern Kaiser desselben Jahrhunderts wieder finden (z. B. L. 1. 3. 4. etc. C. de legit. hered. (6, 58.) L. 1. 2. 5. 6. C. comm. de succ. 6, 59.), während die Juristen selbst unter der Herrschaft der tyrannischen Verordnung in Voraussicht ihrer kurzen Dauer stets fortgefahren hatten, es in ihren Schriften dar-

zustellen. Dasselbe geschah mit einer andern Verordnung ähnlicher Tendenz desselben Kaisers, daß nämlich alle caduca (also mit Aufhebung des ius caduci vindicandi der heredes und legatarii patres) dem Fiscus gehören sollten, Ulp. 17, 2., mit welcher Stelle also Ulp. 1, 21., wo ausdrücklich das Recht, welches post legem Papiam Poppaeam gelte, dargestellt wird, nicht im Widerspruch steht. Nur an der entscheidenden Stelle Tit. 17. erwähnte hier Ulpian das ältere Recht nicht, weil er sich denken mochte, daß diese Verordnung des Kaisers Bestand haben werde.

I, 106.

Set illa quaestio est, an minor natu maiorem natu adoptare possit (*id quoque*) utriusque adoptionis commune est.

Daß diese Lesart dem Zusammenhange und dem Style des Gaius nicht entspricht, scheint mir eben so klar, als daß die Stelle verderbt ist. Ich vermuthe als ursprüngliche Lesart:

Set et illud q̄(quod) quaesitum est, an minor natu maiorem natu adoptare possit, utriusque adoptionis commune est.

Zuerst wurde aus quaesitu quaestio, dann fiel das vorhergehende q weg und nun wurde illud in illa verwandelt, ähnlich wie in dem überhaupt zu vergleichenden §. 113., wo illud aus illi hat wiederhergestellt werden müssen. Lesen wir nun so, so war diese Frage zu Gaius Zeit bestritten, was auch an sich wahrscheinlich ist.

I, 112.

Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii — — — — — in quo farreus panis adhibetur. unde etiam confarreatio dicitur.

Es ist vielleicht zu ergänzen *q a nupta farreo fit et* (oder *q ipsum farre fit et*). Vgl. Plin. 18, 3. Quin in sacris nihil religiosius confarreationis vinculo erat novaeque nuptae farreum praeferebant. Jedenfalls glaube ich, daß Gaius eine zwiefache Anwendung des farreum bei der confarreatio angeführt hat, wie sie sich auch aus den andern Quellen, besonders Dionys. 2, 25. ergibt, zum Opfer selbst und zu dem Libum, wovon die Vermählten bei dem Opfer aßen (Vgl. Brisson. de form. 1, 50. und jetzt auch Roßbach die Röm. Ehe S. 104.). Daraus erklärte er denn hier eben so den Namen confarreatio, wie 1, 99. aus der dreimaligen rogatio den Ausdruck adrogatio.

Die folgende Lücke scheint dem Sinn und den Zeichen der Handschrift am entsprechendsten so ausgefüllt zu werden:

nam Flamines maiores, id est, Diales, Martiales, Quirinales, *item reges* sacrorum nisi *q*(qui) *confarreatis nuptiis procreati s*(sunt,) *fieri nequeunt.* confarreatio *et. ñessaria e c'* (etiam necessaria est, cum) *flamen nuptias c'trahit* (contrahit).

I, 113.

Coemptione in manum conveniunt per mancipationem, id est, per quandam imaginariam venditionem, adhibitis non minus quam V testibus, civibus Romanis puberibus, item libripende ******** mulier **, cuius in manum convenit.

Ich glaube jetzt mit folgendem Vorschlage die richtige Ergänzung gefunden zu haben: *libripend. asse emente mulierē eo* (libripende, asse emente mulierem eo,). Sie entspricht den Zeichen und dem Sinne, da Gaius nothwendig den Haupttheil des Geschäfts, von dem es den Namen hatte, mit anführen mußte.

I, 115[a].

Im Anfange hat die Handschrift Olim *olim,* welches letztere Wort ich nicht für bloße irrige Wiederholung, sondern für ein corrumpiertes q'dem halte, so daß concinner zu lesen ist:

Olim quidem etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio.

I, 119.

is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit:

Bei Boethius steht statt rem, was Cynus hat, aes. Man muß beides lesen:

is, qui mancipio accipit rem, aes tenens ita dicit:

Sowohl das *hunc* ego hominem als das *hoc* aere der folgenden Formel mußten durch die vorangehende Darstellung schon vorbereitet sein und die Sache als Gegenstand der Mancipation hier zu Anfange eben so erwähnt werden, wie 2, 24. is, cui res in iure ceditur. Dann muß es aber auch aes tenens heißen, nicht blos nach Varr. de L. L. 9, 49. §. 83. Pro assibus nonnunquam aes dicebant antiqui, a quo dicimus assem tenentes: *hoc aere aeneaque libra,* vgl. Non. 12, 50., sondern auch, weil es für die Mancipation schlechthin wesentlich war, daß der mancipio accipiens sich als Eigenthümer des hinzugebenden imaginären Kaufpreises für die erst zu erwerbende Sache darstellte, wie für die in iure cessio, daß der Vindicant (der imaginär auch nur schon vorhandenes Eigenthum behauptete) sein Ei-

genthum an der Sache durch deren Festhaltung bezeichnete: Gai. 2, 24. is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit; welche Stelle daher Lachmann, nur indem er den Gegensatz zwischen mancipatio und in iure cessio in diesem Puncte übersah, für die Lesart rem tenens in unserem Paragraphen anführen konnte. Umgekehrt war das Anfassen der Sache für die Mancipation nicht durchgängig nothwendig, weil es eben so, wie das *hanc* ego rem, nur bei beweglichen Sachen galt (bei unbeweglichen und bei Prädialservituten sagte man, wenn man sich nicht zufällig in der Nähe befand, sicher nur z. B. fundum Cornelianum ego etc.) und Gaius konnte es hier bei der allgemeinen Darstellung des Mancipationsacts um so weniger erwähnen, als er auf dieses nur mitunter eintretende Erforderniß später in §. 121. ausdrücklich zu sprechen kommt, wo er es denn auch nicht als tenere, sondern richtiger (da der mancipio accipiens immer erst erwerben will) als apprehendere und capere bezeichnet. Dagegen konnte das rem tenere oder apprehendere bei der in iure cessio niemals fehlen, weil auch abwesende Gegenstände derselben durch ein Stück derselben repräsentiert werden mußten. Gai. 4, 17.

I, 122.

Zu meinem frühern Versuch über diese Stelle (Studien S. 192.) habe ich nur nachzutragen, daß in dem Satze

> item qui dabat tum pecuniam, non adnumerabat eam sed appendebat

es nach den Zügen der Handschrift heißen muß dabat olim pecuniam etc. Die HS. scheint außerdem dabant zu haben, wonach wahrscheinlich später adnumerabant und appendebant zu schreiben ist. Isidor. Orig. 10. p. 1072, 38. quia prius qui dabant pecuniam, non numerabant eam, sed appendebant, offenbar aus unserer Stelle. Lachmanns qui dabat pecuniam praesentem scheint sicher unrichtig. Was soll praesentem, da doch anderes als baares Geld nicht gegeben werden konnte?

I, 123.

> Si tamen quaerat aliquis, quare citra coemptionem feminae etiam mancipentur, ea quidem etc.

Wie diese Textesconstitution zu dem Folgenden passen soll, muß ich bekennen nicht einzusehen. Citra heißt in unsern Rechtsquellen meist ohne oder abgesehen von. Mag man aber die eine oder

andere Bedeutung zu Grunde legen, so paßt die von Gaius auf die Frage gegebene Antwort nicht. Diese fordert durchaus eine Frage nach den verschiedenen Wirkungen der coemtio und mancipatio, von denen beiden Gaius 1, 113. und 120. gesagt hatte, daß sie in einer imaginaria venditio beständen und Seitens des Erwerbers ein emere dabei stattfinde. Dieser Anforderung entspricht nun freilich auch mein früherer Vorschlag (Studien S. 196.) nicht genau. Da nun auch citra, eine überhaupt nicht von allen Schriftstellern gebrauchte Präposition, meines Wissens bei Gaius, wenigstens im übertragenen Sinne, niemals vorkommt, so halte ich dieses Wort für unrichtig gelesen und ergänze:

qua re *viro* coemptio*ne emta m̄cipatis distet,* ea quidem, quae coemptionem facit, *n̄ deducit' in* servilem conditionem; *a parentibus vero et a coemptionatoribus* mancipati mancipataeve servorum loco constituuntur.

Wegen des viro coemptione empta vgl. unsere Ergänzung zu I, 113. und das emptus mihi esto hoc aere. Gegen Ende des §. erfordert der Zusammenhang statt sed differentiae zu lesen sed et differentiae.

I, 137.

Ueber den Inhalt des ersten Theils dieses größtentheils unlesbaren Paragraphen vgl. Studien S. 217 flg. Nur die iure remancipatio gebe ich hier wie zu 1, 134. nach v. Scheurls glücklicher Conjectur auf. Doch mochte nach dem bei Lachmann Gedruckten der Gedanke folgen *vel a patre ex lege coemptionis mancipio receptae in mancipio retinentur.*

Daran schloß sich p. 38, 24. der HS. ein neuer Gedanke, für den auch ein eigener Paragraph hätte gemacht werden sollen, die Frage nämlich, ob die Frau ihren Mann zur Remancipation aus der Manus zwingen könne? Blume hat im Uebergange von Z. 23 auf Z. 24 nur die Buchstaben vel ita sicher erkannt; nachher ist lesbar:

nihilo magis potest cogere, quam filia patrem u. s. w.

Jene Buchstabenabtheilung vel ita ist aber sicher falsch. Ich ergänze etwa von der Mitte der Z. 23 an so:

Si vero ipsa, quae in manu viri sit, velit a*b eo remancipari, eum* nihilo magis potest cogere, quam filia patrem.

Hier ist freilich Alles bis velit den Worten nach unsicher; Gaius setzte, wie es scheint, die Frau selbst dem Vater entgegen, der sich deren remancipatio vom Manne ausbedungen hatte. Für viri sit enthält

jedoch Blume's Abschrift Entsprechendes; auch für eo; das b von ab war aber unsichtbar geworden, was Blume verleitete, ita zusammenzuziehen.

I, 144.

masculini quidem sexus impuberibus — — — — veteres enim voluerunt feminas etc.

In der kleinen Lücke stand, wie ich glaube, *quocant' pup.* = qui vocantur pupilli, womit wenigstens die allein einigermaßen sichern Anfangszeichen übereinstimmen. Dann war aber aus Anlaß des vorhergehenden impuberibus eine ganze Zeile ausgefallen, nämlich feminini vero sexus tam puberibus quam impuberibus. Für meine Ansicht spricht, daß Gaius später öfter, z. B. I, 168. 184., die pupilli den Frauen entgegensetzt und daher den Ausdruck seiner Sitte gemäß schon irgendwo vorher erklärt haben muß.

I, 146.

si post mortem nostram in patris sui potestatem iure recasuri non sint.

Hier ist iure ohne Zweifel nur durch Verdoppelung der drei Striche des vorhergehenden m und des folgenden re(casuri) entstanden und daher herauszuwerfen. Die Institutionen haben es nicht und es wird auch nie von den Römischen Juristen so gebraucht.

I, 149.

Rectissime autem tutor sic dari potest: LVCIVM TITIUM LIBERIS MEIS TUTOREM DO. sed et si ita scriptum sit: LIBERIS MEIS vel UXORI MEAE TITIUS TUTOR ESTO, recte datus intellegitur.

Göschen bemerkt, daß im Codex statt DO. sed steht: do *lic. tut. do.* Daher wird zu lesen sein DO LEGO aut DO; vgl. nachher I, 152. aut DUNTAXAT BIS DO. — lig statt leg ist ein häufiger Fehler, auch in der Veroneser HS. Zur Sache vergleiche man 2, 193., wo Gaius auch bei legierten Sachen als Normalformel des legatum per vindicationem die DO LEGO voranstellt, dann bemerkt, daß man auch blos DO oder blos LEGO sagen könne (letzteres war bei der tutoris datio nicht üblich geworden, wogegen man do schlechthin hier eben so gewöhnlich sagte, wie dort lego 2, 289.), und endlich auch die objective Formel sumito capito u. s. w., der hier esto entspricht, als gleich zulässig anführt.

I, 160.

Maxima est capitis diminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit — — — — — qui ex patria — —

Lachmann hat die erste Lücke und den Anfang der zweiten in der Voraussetzung auszufüllen vorgeschlagen, daß Gaius als erstes Beispiel der maxima capitis diminutio den Verkauf des incensus angeführt habe. Dabei veranlassen ihn die von Blume hinter ex patria wahrgenommenen Zeichen agentua (?) zu der Annahme eines Verkaufs des incensus unter der Bedingung, daß ihn Niemand aus seiner patria gentilitas (?) kaufen dürfe. Wir begnügen uns, gegen diesen nach allen Seiten unzulässigen Vorschlag nur anzuführen, daß nach vorkaiserlichem Staatsrecht kein Römischer Bürger im Römischen Staate selbst seine Freiheit verlieren konnte, der Verkauf des incensus also auch nothwendig trans Tiberim in die Fremde geschehen mußte, wie der des iudicatus oder nexus. Wir schlagen mit Berücksichtigung der Zeichen der HS vor:

quae amittunt' ūū (amittuntur velut) *ab is*, qui ex patria *i.* (iure) *gentium violato peregrinis populis p̄* (per) *patrem patratum* (oder *fetiales*) *deduntur.*

Naturgemäß begann Gaius mit einem Beispiel der maxima capitis diminutio aus dem ius gentium. Vgl. Liv. 5, 36. postulatumque, ut pro iure gentium violato Fabii dederentur. Cic. pro Caec. 34. Quid? quem pater patratus dedidit, aut suus pater populusve vendidit, quo is iure amittit civitatem? Die übrigen Stellen bei Fr. C. Conradi de iur. Fecial. 5, 26 — 29. Die patria kommt in den Formeln des Fetialischen Rechts überall vor. Liv. 1, 32.

I, 176.

Sunt tamen causae, ex quibus etiam in patroni absentis locum ********* tutorem petere, veluti ad hereditatem adeundam.

Der Eingang ist nicht Gaianisch und führt auf keine probabele Ergänzung der Lücke. Besser:

Ad certas t̄m̄ r̄ (Ad certas tamen res) etiam in patroni absentis locum *p̄mi|sit senatu* (permisit senatus) tutorem petere etc.

besonders da nach dem Zusammenhange der Senat als Urheber dieses Rechts nicht unerwähnt bleiben konnte. Aus Ulp. 11, 22. scheint aber hervorzugehen, daß es dasselbe von Gai. 1, 173. erwähnte Senatusconsult war, welches für zwei Zwecke, ad hereditatem adeundam et nuptias contrahendas, auch anstatt eines abwesenden Patrons einen

andern zu erbitten erlaubte; den zweiten ließ Gaius als zu unverständlich für Anfänger weg.

I, 184.

Die Lücke in der letzten Periode dieses Paragraphen scheint so ausgefüllt werden zu müssen:

> post sublatas legis actiones quidam putant, hanc speciem dandi tutoris *n̄ ēē* (non esse) *necessariam*, *s'* (sed) *athuc dari* in usu est, si legitimo iudicio agatur.

Die von Blume vor in usu noch bemerkten Buchstaben ad, mit denen der Abschreiber das schon geschriebene adhuc dari zu wiederholen angefangen hatte, hat er selbst durch darüber gesetzte Punkte für ungültig erklärt. Uebrigens beruhte die von Gaius erwähnte Ansicht ohne Zweifel darauf, daß jene Juristen glaubten, nur die legis actio erfordere persönliches Auftreten des eigentlich Berechtigten oder Verpflichteten, weshalb denn dem unter selbst gehemmter Tutel stehenden Pupillen (pro tutela pr. J. de iis, per quos agere poss. 4, 10.) dieser praetorius tutor habe gegeben werden müssen. Nach dem Wegfall der legis actiones sei diese Art von Tutoren überflüssig, weil nun stets durch einen curator geholfen werden könne. Die praktische Ansicht ging dagegen davon aus: nach dem alten Verfahren sei der praetorius tutor nicht blos für die legis actio, sondern auch für die iudicii acceptio und die weitere Durchführung des Verfahrens gegeben worden. Wäre nun auch die Nothwendigkeit desselben für die Einleitung des Verfahrens mit Abschaffung der legis actiones weggefallen, so doch nicht seine Zulässigkeit für die iudicii acceptio, sofern nur die alten gesetzlichen Voraussetzungen derselben (Gai. 4, 104.) noch einträten, und da ohne dringenden Grund das Hergebrachte nicht für abgeschafft erachtet werden dürfe, so müsse denn auch noch regelmäßig ein Tutor gegeben werden.

I, 187.

Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor datur.

Da die HS. dabatur gibt, so ist ohne Zweifel dabitur zu lesen, welches auch dem dari potest und petendus est in §. 186. besser entspricht; denn auch das Futurum weist auf eine vorherige petitio hin; datur würde den falschen Gedanken ausdrücken, daß die datio schlechthin, von Amtswegen, geschehe.

I, 188.

nam de ea re valde veteres dubitaverunt, nosque diligentius hunc tractatum exsecuti sumus et in edicti interpretatione et in his libris, quos ex Quinto Mucio fecimus. hoc solum tantisper sufficit admonuisse etc.

So Lachmann, während die HS. nos qui hat. Aber da Gaius seine Leser, wie das tantisper zu erkennen gibt, offenbar auf die spätere Lectüre der angeführten andern Werke verweisen will, so wird die Rede weit concinner, wenn wir eben so leicht nos quia lesen und hoc solum etc. als Nachsatz nehmen. Vgl. 3, 33. Zu interpungieren ist dann: dubitaverunt. nos quia diligentius — — fecimus, hoc solum etc.

I, 192.

quod hi neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipi alienandas neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum mancipi obligationisque suscipiendae interveniat.

Schon Göschen hat bemerkt, daß es richtiger obligationisve heißen würde. Da aber in der HS. steht mancipio obligationis quae, so wird zu lesen sein: mancipi *u* (vel) obligationis suscipiendae. Die Verkennung jenes u hatte zur Folge, daß der Abschreiber die Conjunctivpartikel que zu obligationis hinzufügte.

I, 195.

veluti si a femina manumissa sit, tunc enim e lege Atilia petere debet tutorem, vel in provincia e lege Titia: is in patronae — — — — — — —

So Lachmann, der als Ergänzung vorschlägt ius *non succedit sed auctoritatem duntaxat suam interponit.* Ein dieser Stelle sicher fremder Gedanke; wem kann es einfallen, daß ein tutor dativus in das Recht der patrona — Erbrecht und operae — eintrete? denn Tutelrecht hat sie nicht. Auctoritatis interpositio ist aber überhaupt das einzige Recht aller Tutoren der Frauen. Ulp. 11, 25. Mir scheint in den Worten e lege Titia is in ein Fehler zu stecken, zumal da dieses Gesetz sonst bei Gaius, Ulpian und in den Institutionen sicher stets unter dem Namen lex Iulia et Titia vorkommt (nur einmal bei Theophil. I, 20. §. 3. *ὁ Ἀτίλιος καὶ ὁ Τίτιος*) und Theophilus bezeugt, daß der aus ihm herrührende Tutor *Ἰούλιος Τιτιανὸς* (*Ἰουλιοτιτιανός*) genannt werde, und ihn, schwerfällig genug, selbst stets so

nennt. Es mochte im J. 722 zuerst von Augustus selbst für die Proconsuln gegeben und nachher von dem Consul suff. M. Titius auf die übrigen Statthalter ausgedehnt worden sein, so daß man deshalb die Nennung beider Gesetzgeber für nothwendig hielt. Obgleich nun die Zeichen der HS. der aufgenommenen Lesart allerdings am meisten entsprechen, so sind sie doch nicht sicher und ich glaube aus den angeführten innern Gründen sie vielmehr so auflösen zu müssen:

e l. Iul. et tia n (e lege Iulia et Titia; nam) patronae

woran sich dann der Gedanke anschloß:

iure civili ut feminae tutores esse non possunt.

Ob gegen Ende des Paragraphen e lege Atilia vel Titia tutorem petere richtig ist, lassen wir dahingestellt sein. Man könnte auch da lesen e l. Atilia u Iul. et Tia te. Da aber hier keine inneren Gründe entgegenstehen, so bleibt man besser bei der wahrscheinlichern Deutung der Schriftzüge. Im Uebrigen ist hier statt des handschriftlichen decedit und dann relinquit (Cod. recipit) decessit und reliquit zu lesen. Dieses fordert der Gedanke, dem Gaius auch in allen vorangegangenen Beispielen entsprochen hat und wogegen eine fehlervolle Handschrift keine Instanz bildet.

Zweites Buch.

II, 17.

exceptis servitutibus praediorum rusticorum: *nam hae quidem mancipi res sunt* —

Lieber:

exceptis servitutibus praediorum rusticorum *in Italico solo*, *q̄ m̄cipi* sunt.

II, 22.

Mancipi vero res **sunt**, quae per mancipationem ad alium transferuntur.

Dieses könnte richtig sein, wenn Gaius hier sagen wollte, was res mancipi seien. Davon hat er aber vorher gesprochen (2, 18.). Hier will er den Unterschied der res mancipi und nec mancipi angeben und zwar hinsichtlich der verschiedenen Art ihrer Veräußerung. Wie er nun 2, 19. von den res nec mancipi schlechthin gesagt hat: nuda traditione alienari (jedenfalls nicht abalienari, s. mein Recht des Nexum S. 41.) possunt, oder, wie man richtiger lies't, ad alium transferunt', so wird er hier geschrieben haben:

Mancipi vero res *aeque* per mancipationem ad alium transferuntur.

Der Abschreiber hatte geschrieben equae. Aeque aber heißt bei Gaius stets (z. B. 1, 68. 2, 143. 144. 3, 41.) eben so, hier dem Sinne nach zu ergänzen: eben so, wie die res nec mancipi durch Tradition; denn Mancipation und Tradition beziehen sich auf einander als der verschiedenen Natur der beiden Arten von Sachen entsprechende und hiernach einander entgegengesetzte Veräußerungsarten. Nicht kann gesagt werden, daß die res mancipi nur durch Mancipation, die res nec mancipi nur durch Tradition veräußert werden können, da es ja noch viele andere beiden gemeinsame Veräußerungsarten gibt. Unvorsichtig drückt sich daher Boethius aus in Top. lib. III. p. 322, 13. Orell. Quaecunque igitur res lege duodecim tabularum aliter nisi per

hanc solennitatem abalienari non poterat. Sui iuris autem ceterae nec mancipi vocabantur. Dieser corrupte Text scheint nämlich entstanden aus non poterat, mcipi r (= mancipi res) erat (wovon at fälschlich für Sigle von autem gehalten wurde); ceterae nec mancipi vocabantur.

II, 47. 48.

id ita lege XII tabularum cau(*tum erat*) §. 48. Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est.

Das anstößige Nachhinken jenes Schlußsatzes von §. 47. ist schon gefühlt worden, auch bieten die Scheden statt cautum erat Item nur: *capue*(oder *u*)*m*. Richtiger liest man also:

id ita lege XII tabularum ca*vente*. §. 48. Liberos homines etc.

Das beliebte item setzt doch Gaius nicht immer (vgl. z. B. 2, 280.) und hier bleibt es wegen des einen Gegensatz zu den frühern positiven Fällen machenden manifestum est offenbar eleganter weg.

II, 66.

In der Lücke scheint gestanden zu haben:

sed etiam, quae occupando *ideo nostra fecrimus*, quia antea nullius essent.

Wenigstens entspricht dieses dem Styl des Gaius und den Zeichen am meisten. Im folgenden

II, 67.

ergänze man:

Itaque si feram bestiam aut volucrem aut piscem *cepimus* (ceperimus), *simul atq̄* (atque) *captum hoc animal est, pti|nus* (protinus) *nostr. fit et eousque* etc.

Ueber protinus bei Gaius vgl. 2, 153. 4, 185., und in Anwendung auf diesen Gedanken Paulus L. 1. §. 1. D. de acquir. poss. (41, 2.). Daß captum auf animal gegangen sei, zeigt der Anfang des folgenden §.: In iis autem animalibus.

II, 76.

Sed si ab eo petamus fructum vel aedificium, et impensas in aedificium vel in seminaria vel in sementem factas ei solvere nolimus, poterit nos per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fuerit.

Wie der Eingang dieser Stelle lautet, könnte man sie zum Beweise anführen, daß, obgleich der b. f. possessor Eigenthümer der Früchte werde, der Eigenthümer des Grundstücks doch die davon gezogenen Früchte vindicieren könne, ja man könnte sich darauf auch für die irrige Meinung berufen, daß der b. f. possessor an den gezogenen Früchten kein Eigenthum, sondern auch nur b. f. possessio erwerbe. Aber fructum ist offenbar falsche Lesart statt fundum. Gaius hat in §. 73. gesagt, das, was Jemand auf unserem Boden gebaut habe, werde nach natürlichem Rechte unser, und in §. 74., noch vielmehr gelte dasselbe von einer Pflanze, die er auf unserem Boden gesetzt und — §. 75. — von dem Getraide, das er darauf gesäet habe. Jetzt fügt er die Beschränkung hinzu, daß jedoch der b. f. possessor der Hauptsache in beiden Fällen — der auf dem ländlichen Grundstück erzeugten Pflanze und des auf dem städtischen aufgeführten Baues — wegen der Verwendungen, die er auf das Gebäude (§. 73.), die Baumschule (§. 74.) oder die Saat (§. 75.) gemacht habe, den vindicierenden Eigenthümer, der sie ihm nicht erstatten wolle, mit der doli exceptio zurückweisen könne. Er stellt hier die beiden Hauptfälle anfangs um, weil er von dem vorher an zweiter Stelle genannten gesagt hat multoque magis id accidit. Was konnte er nun hier als die besessene und vindicierte Hauptsache setzen? Unläugbar — wenn der Gedankenzusammenhang nicht alle Angemessenheit verlieren und im wirklichen Leben gewiß höchst seltene Fälle als Beispiele eingemischt werden sollen — nur das ländliche oder städtische Grundstück (fundum vel aedificium). Diese beiden stehen auch sonst, namentlich bei Gaius (z. B. 2, 42. 4, 17. 149. 150. 160.), stets als ebenbürtig neben einander, und, was das Wichtigste ist, auch in den entsprechenden Stellen der res quotidianae (L. 7. §. 12. 13. L. 9. pr. D. de acquir. rer. dom. (41, 1.) §. 32. J. de rer. divis. 2, 1.) werden in denselben Beispielen aedificium und fundus als besessene und vindicierte Hauptsachen genannt. Vgl. auch Epit. II, 1. §. 6., wo beide unter dem Ausdruck terra und res facta zusammengefaßt sind.

II, 81.

Ideoque si quando mulier mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, quia facit eam accipientis, cum scilicet ea pecunia res nec mancipi sit, contrahit obligationem.

Hier kann ea nicht richtig sein. Es wiese auf mutua pecunia hin und gäbe den schiefen Sinn, daß gerade Darlehnsgeld nec

mancipi sei. Die zweifelhaften Zeichen waren vermuthlich et, welches ich nur für irrige Verdoppelung der letzten Buchstaben von scilicet halte; denn der Sinn: auch Geld (welches Gaius freilich oben 2, 20. nicht genannt hat) sei res nec mancipi, wäre doch ziemlich frostig.

Gleicherweise wird auch im folgenden Paragraphen nicht quia *eam pecuniam non facit accipientis* gestanden haben, wie Lachmann, um die Zeile zu füllen, herausgegeben hat, sondern *quia s. t. a.* (sine tutoris auctoritate) *pecuniam* etc. Vgl. 2, 83. fin., wo das sine t. a. auch bei einem allgemeinen Rechtssatze steht.

Die folgende Lücke dürfte, größtentheils nach Hollweg, so auszufüllen sein:

> unde pupillus vindicare quidem nummos suos potest, sicubi extent, id est, *intendere suos ex iq* (iure Quiritium) *esse; mala* $\bar{q}\bar{q}$ *$\bar{f}\bar{d}$* (quoque fide) *consump|tos pinde* (perinde) *ab eodem* repetere potest, *atq.* (atque) *si psi¦deret* (possideret). *unde* de pupillo quidem quaeritur, an num*mos* ¦ $\bar{q}\bar{q}$ (quoque), quos mutuos dedit, ab eo, qui accepit, *bona fide alienatos petere possit*; *quoniam is scilicet accipientis eos nummos facere videtur.*

II, 96.

Für meine Restitution ut nihil *suum esse per se* in iure vindicare possint führe ich noch an Celsus in L. 25. D. de novat. (46, 2.)... nam et his, qui in nostra potestate sunt, quod ab his creditum est, recte interdum solvitur: cum nemo eorum per se novare priorem obligationem iure possit.

II, 104.

> Eaque res ita agitur. qui facit, athibitis etc.

Durch Gemination des Schluß-t von facit lese man facit testamentum. Auch kurz vorher in §. 103. hat der Abschreiber dieses Wort nur mit t bezeichnet. — Ueber die Formel des familiae emtor vgl. das Recht des Nexum S. 23.

II, 108.

> Is vero, qui in potestate heredis aut in potestate legatarii est, cuiusve heres ipse aut legatarius in potestate est etc.

Das zweite potestate, welches die Handschrift nicht hat, ist eben so störend, wie das bloße aut in. Da dieses letzte ohne Zweifel aus aut entstanden ist, wovon der Abschreiber das a als Sigle von aut

enommen hatte, so ist einfach zu lesen qui in potestate heredis aut egatarii est; ganz wie nachher ipse aut legatarius.

II, 112.

Gaius sprach hier, wie es scheint, von der Verordnung des Senatusconsults, welches den Weibern die Coemtio zur Erlangung der Testamentifactio erließ (I, 115[a]). Man könnte daher etwa so restituieren:

sed senatus divo Hadriano auctore, ut supra quoque significavimus, mulieribus etiam coemptione non facta, testamentum facere *p̄misit, si modo facerent maiores* annorum XII tutore auctore; scilicet ut quae tutela liberatae non essent, ita testari deberent.

II, 113.

nam masculus minor annorum XIIII testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit; femina vero post XII annum testamenti faciundi ius nanciscitur.

Die Handschrift hat hinter faciundi noch zwei nicht ganz sicher erkannte Zeichen, ohne Zweifel aber ta d. h. tutore auctore; diese Worte konnte auch Gaius nicht weglassen, wenn er das Maaß des bessern Rechts der Personen weiblichen vor denen männlichen Geschlechts genau und im Zusammenhange mit dem Vorhergehenden angeben wollte.

II, 115.

Non tamen, ut iure civili valeat testamentum, sufficit ea observatio, quam supra exposuimus, de familiae venditione et de testibus et de nuncupationibus.

Das letzte Wort kann nicht richtig sein, da beim testamentum per aes et libram eben so nur Eine nuncupatio, wie Eine familiae venditio vorkommt. Ohne Zweifel hatte der Abschreiber vor sich nuncupationisubis, und hielt dieses, verleitet durch das vorhergehende testibus, für einen Schreibfehler statt nuncupationibus. Es ist also wiederherzustellen: de nuncupationis verbis. Denn dieses ist der stehende Ausdruck für dieses dritte Erforderniß zur Form des testamentum per aes et libram. Gai. 2, 119. 121. 149. Ulp. 20, 13.

Im folgenden §. war wohl kein hinreichender Grund, in den Wor-

ten familiam testatoris ita venire, testes*ve* ita athiber*i*, aut nuncupar*i* testamentum, ut supra diximus, das handschriftliche athibere und nuncupare zu ändern. Vgl. 2, 119. velut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit. Auch ist statt der Einfügung des ve hinter testes eine leichtere und dem Styl des Gaius angemessenere Aenderung: aut nuncupare *ita* testamentum; ita wurde hier vom folgenden test. verschlungen.

II, 120.

Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur.

Gaius will, wie das Folgende zeigt, sagen: auch dann, wenn ein Bruder oder Vatersbruder vorhanden sind, möchten sie den eingesetzten Erben vorzuziehen sein. Davon sagt er aber nach dem eigenthümlichen Sprachgebrauch der Formel videamus an das Gegentheil; denn diese negiert; soll sie affirmieren, so muß non dabei stehen, oder man sagt videamus ne. So heißt bei Ulpian L. 97. D. de rei vindic. (6, 1.) videamus, an nihil mihi exceptio prosit: die Einrede dürfte mir zustehen; denn es folgt als Gegensatz puto autem, huic exceptionem non prodesse. Eben so bei Paulus L. 32. §. 1. D. de inoffic. test. (5, 2.) von dem Notherben, der einen Legatar beerbt hat: videbimus an sit submovendus ab hac accusatione, d. h. er möchte nicht von der Querel ausgeschlossen sein; denn dafür werden mit enim Gründe angeführt und als Gegensatz folgt darauf tutius tamen fecerit, si se abstinuerit a petitione legati.

Demnach ist durch Gemination des n in an herzustellen: Sed videamus, an non etiamsi u. s. w.

Uebrigens ist nicht auch der folgende §. in den Worten an autem et ad ea testamenta feminarum, quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, videbimus, eben so zu ändern. Hier will er wirklich sagen: die Verordnung dürfte wohl nicht auch auf diese Testamente bezogen werden. Wenn er darauf fortfährt, er verstehe natürlich Frauen mit alterius generis tutores; denn daß der Patron oder Vater, ohne dessen Auctorität die Frau testiert habe, vom s. t. b. possessor nicht ausgeschlossen werde, sei ganz klar, so will er nur eine ganz entschiedene Behauptung einer solchen entgegensetzen, hinsichtlich deren man auch wohl anderer Meinung sein könnte. Der Grund, der Gaius zu seiner Meinung bewog, war ohne Zweifel, daß

der Ausdruck testamentum non iure factum blos die civile Form der Testamentshandlung bezeichne, dazu aber nicht auch die persönliche Fähigkeit zu testieren gerechnet werden könne.

II, 123.

sed diversae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur.

Hier ist illum nicht blos nichtssagend, sondern im Vergleich zu eum auch ganz unzulässig. Offenbar ist es ein Schreib- oder auch nur ein Lesefehler statt suum.

II, 124.

Die Lücke möchte ich den Zügen der HS. entsprechend so ausfüllen: *p̄tea p̄r et.* (praeterea praetor etiam) *tuet'* (tuetur) *eam ex hac parte, qa* (quia) *etiam ab intestato eā partē* (eam partem) habitura esset.

Außerdem sprechen dafür mehrere innere Gründe. Erstens paßt der Ausdruck tuetur nur für prätorisches Recht, und hier ganz besonders — statt des im folgenden §. gebrauchten praetor c. t. b. possessionem promittit; denn die Tochter bedarf, weil sie sua heres iure accrescendi ist, der b. p. nicht, und tueri ist von Kindern das eigentliche Wort, die der Prätor eben sowohl in ihrem civilen Erbtheil gegen ihre die b. p. für's Ganze allein annehmenden Geschwister, wie durch die auch ihnen selbst angebotene b. p. schützt. L. 8. §. 14. L. 14. D. de c. t. b. p. (37, 4.) L. 15. §. 1. 2. D. de leg. praest. (37, 5.). Ferner wird nicht das streng civile ius accrescendi (worauf Heffters erster Vorschlag geht), wohl aber das prätorische Recht der c. t. b. p. von den alten Juristen auf das Billigkeitsrecht der Intestaterbfolge zurückgeführt; z. B. L. 8. cit. Praetori enim propositum est, cum contra tabulas bonorum possessionem dat, eas partes unicuique liberorum tribuere, quas, intestato patre mortuo, in hereditate habiturus esset, si in potestate mansisset. Vgl. L. 1. §. 1. L. 11. §. 1. eod. Endlich fällt nun auch eine Schwierigkeit im folgenden §. weg. Nachdem Gaius vorher bemerkt, daß die Tochter eingesetzten extranei die Hälfte iure accrescendi entziehe und daß, was er von der Tochter gesagt, auch von allen übrigen Personen der Kinder gelte, fährt er daselbst nach der HS. fort:

Quid ergo est? licet eae secundum ea, quae diximus, scriptis dimidiam partem *tam* (es steht wohl *tant.*, jedenfalls ist zur Hebung des Gegensatzes a tota hereditate, tantum zu lesen) heredibus detrahant, tamen Praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit: qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur.

Hätte nun Gaius bei dem Falle der Concurrenz der Tochter mit andern sui heredes in §. 124. nicht schon auch die Art, wie der Prätor sie behandele, angegeben, so wäre es unerklärlich, wie er hier bei Erwähnung der c. t. b. p. schlechthin nur von scriptis heredibus dimidiam partem detrahere sprechen könne: weshalb Göschen auch lesen wollte (*virilem vel*) dimidiam partem. Auch das Quid ergo est? ist erst jetzt motiviert. Da Gaius zuvor bemerkt hatte, daß der Prätor die Tochter und übrigen Kinder in dem Theile schütze, den sie ab intestato gehabt haben würden, so war damit schon angedeutet, daß sie im Falle der Einsetzung von extranei diesen nach prätorischem Rechte die ganze Erbschaft entziehen.

Lachmanns gewaltsame Correctur scriptis testamento heredibus dimidiam partem detrahant ist nicht blos unnöthig, da bei Gaius weite Trennungen zusammengehöriger Wörter nicht selten vorkommen, sondern sie nimmt auch durch Weglassung des tantum (woraus er gegen den Siglengebrauch testamento macht) die unentbehrliche Hebung des Gegensatzes von dimidiam partem tantum detrahere und a tota hereditate repelli, und verstößt gegen den Sprachgebrauch der Römischen Juristen, besonders auch des Gaius, der regelmäßig — außer wo ein specieller Zweck eine Ausnahme begründet — nicht scripti testamento heredes, sondern scripti heredes schlechthin sagt. Vgl. Elvers Promptuarium unter Scriptus heres.

II, 127.

In §. 127. hatte ich (Studien S. 253.) vorgeschlagen:

Sed si quidem filius a patre exheredetur, nominatim exheredari ante heredis institutionem potest,

was auch von Böcking aufgenommen ist. Lachmann hat dagegen herausgegeben:

Sed si quidem filius a patre exheredetur, nominatim exheredari apte potest, aliter vero non potest exheredari.

„Der Sohn kann namentlich passend enterbt werden", während er nur so gültig enterbt werden kann, ist sicher kein passender Gedanke.

Ich halte daher meinen Vorschlag immer noch im Wesentlichen für den richtigen, glaube aber jetzt, daß die HS. auch an einer Auslassung leidet. Ich möchte nämlich lesen:

Sed si quidem filius a patre exheredetur, nominatim exheredari (*debet, itaque et*) ante h'dis istitu7n. potest exheredari.

Eine Auslassung war bei solchen ähnlichen Sätzen sehr leicht möglich und wir gewinnen nur auf diesem Wege einen vollkommen befriedigenden Gedanken.

II, 134.

Den Zügen der HS. und Theophilus II, 13, 2. folgend schlage ich nachstehende Ausfüllung der Lücke vor:

q̀ (qua) *simul cavet'* (cavetur) u*t* ili *t̄*|*q̄* *p̍*umi *id ē* (ut illi tanquam postumi, id est) virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros exheredentur etc.

II, 135.

Emancipatos liberos iure civili neque heredes instituere, neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes. sed Praetor omnes tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet, virilis sexus emancipatos liberos nominatim, feminini **vero** inter ceteros.

Die im letzten Satze von Lachmann zur Ausfüllung der Zeile 10 hinzugefügten Worte emancipatos liberos passen nicht hieher; sie hätten, wenn Gaius so unnöthig wiederholen wollte, wenigstens gleich hinter sed Praetor omnes stehen müssen. Das Richtige hat schon Göschen angedeutet. Man lese: *virilis sexus, et.* (etiam) *inferioris gradus.* Vgl. wegen des Ausdrucks 1, 99. Gaius will aber den Unterschied hervorheben, daß das Civilrecht die namentliche Enterbung nur für den primus gradus masculini sexus liberorum verlangt.

Was am Schlusse des §. in den weniger unlesbar als unentziffert gebliebenen Zeilen 13—18 gestanden habe, ist deshalb schwer zu bestimmen, weil der entsprechende Titel der Justinianischen Institutionen de exheredatione liberorum von dem bis jetzt Herausgegebenen (=§. 3.) sogleich zu §. 136. (=§. 4.) übergeht. Ich glaube aber, daß der von Blume referierte Inhalt dieser Zeilen so zu deuten ist:

(13 med.) *in pot. patre c'stituto q. in*(14)*de nati sunt n' in accipienda b̄p̄: patri c'currunt* (oder *c'iungunt'*) (15) *q. p'sit*

eos in pot. habere ā si petit' ñ impetrauit' ň(16)*q. p ipsum patrem suum prohibentur n diffe*(17)*runt em̄cipati ē sui.*

Aufgelöst als §. 135[a]:

In potestate patre constituto, qui inde nati sunt, nec in accipienda bonorum possessione patri concurrunt, qui possit eos in potestate habere; aut si petitur, non impetrabitur; namque per ipsum patrem suum prohibentur. nec differunt emancipati et sui.

Man vergleiche Ulpian L. 1. §. 6. D. de coniung. cum emanc. lib. (37, 8.): Si pater in potestate manens exheredatus vel institutus sit, nepotem ex eo, sive in potestate manentem sive emancipatum ad bona avi neque vocari neque vocandum esse, Scaevola ait. totiens enim nepoti consulendum est, quotiens in potestate retentus est, patre emancipato.

Dieser Rechtssatz ist hier zwischen §. 135. und §. 136. vollkommen an seiner Stelle. Denn Gaius hatte dort gesagt, der Prätor gebiete alle emancipierte Descendenten männlichen und weiblichen Geschlechts einzusetzen oder auf die gehörige Weise zu enterben, widrigenfalls gebe er ihnen die c. t. b. p. Bevor er nun auf die Adoptivkinder übergeht, bemerkt er noch, es dürfe aus dem eben Gesagten nicht etwa gefolgert werden, daß auch, wenn Jemand von einem in seiner Gewalt befindlichen Sohne Enkel u. s. w. hinterlassen habe, möchten diese emancipiert, oder nach des Großvaters Tode in die Gewalt ihres Vaters gefallen sein, ihnen neben ihrem Vater auch ein Anrecht auf die c. t. b. p. zustehe. Es leuchtet aber auch ein, weshalb Justinians Institutionen-Verfasser diesen Satz weggelassen haben. Er führt nämlich von selbst auf die Frage: wie nun, wenn der Sohn emancipiert, die Enkel von ihm aber in der Gewalt zurückbehalten oder auch ebenfalls emancipiert worden sind? Hierauf, mit andern Worten auf das edictum de coniungendis cum emancipatis liberis oder die nova clausula Iuliani einzugehen, vermied Gaius, weil diese Materie für den Anfänger zu schwierig gewesen sein würde. Justinians Arbeitern schien es aber, und wohl mit Recht, gerathener, dann auch den Satz selbst wegzulassen, der doch eigentlich nur im Zusammenhange dieser Materie vollkommen verständlich werden kann.

Zur Feststellung des Einzelnen bemerken wir noch Folgendes. Das allgemeine inde nati ist gewählt, weil nicht blos ex eo nati, sondern auch Urenkel u. s. w. bezeichnet werden sollten; *nec* in accipienda b. p.

(im Cod. wahrscheinlich up. geschrieben, da der erste Buchstabe bestimmt nicht b sein soll), weil sie nach Civilrecht jedenfalls nicht erben, da sie nicht sui sind. Qui possit eos in potestate habere ist nur als Möglichkeit hingestellt, weil der Großvater sie auch emancipiert haben kann, zugleich aber als Grund, weshalb sie mit ihrem Vater nicht concurrieren. Aut, si petitur etc. Dieses geht besonders auf den Fall, daß sie emancipiert sind und also an sich auch selbständig petieren können. Zugleich will Gaius damit ebenso wie Scävola in L. 1. §. 6. cit. mit den Worten neque vocari *neque vocandum esse* ausdrücken, daß, so wie sie durch die Worte des Edicts selbst (de coniung. cum *emancipatis* liberis) nicht berufen würden, sie auch nicht auf eine Zulassung ex sententia edicti rechnen dürften: eine Bemerkung, welche man damals für eine noch nicht so gar lange aufgestellte und durch die Praxis fest gedeutete Clausel des Edicts nicht für überflüssig gehalten zu haben scheint. Doch sagt Gaius auch in einem andern Falle 3, 222. ganz ähnlich: non proponitur ulla formula nec temere petenti datur. Prohibentur ist nicht factisch („der Vater verbietet es ihnen"), sondern juristisch zu verstehen: „der Vater steht ihnen im Wege"; wie denn auch Marcellus L. 3. D. eod. von derselben Sache sagt: exheredatus enim obstat filiis suis. Vgl. L. 5. §. 1. D. si tab. test. (38, 6.). Daß aber nihil prohibet und nihil obstat so gebraucht wird, ist bekannt. Statt emancipati et sui wäre vielleicht besser emancipati a suis, vgl. 3, 57. Im Anfange könnte vor in pot. noch at oder sed gestanden haben, da man aus Blumes Relation nicht deutlich sieht, ob in pot. unmittelbar auf den Schluß von §. 135. folgt.

II, 144.

Posteriore quoque testamento, quod iure factum est, superius rumpitur.

Die Handschrift hat offenbar factu fuit d. i. factum fuerit, „vorausgesetzt, daß es den Rechten entsprechend gemacht worden sei" — was vor der Lesart der Institutionen den Vorzug verdient.

II, 147.

quod postea civitatem vel etiam libertatem testator amisit, aut is in adoptionem se dedit —

Statt aut is ist zu lesen uutiq.=vel utique, diese Partikel in dem Sinne von tantum.

II, 149.

Der spätere lückenhafte Theil dieses §. wird auf folgende Weise, zum Theil mit Benutzung Göschenscher Gedanken, wiederherzustellen sein:

si vero nemo sit alius iure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt, *si psident a* (2) +*dictum* adversus eos habent, *q. uona possident,* (3) *eor. unor. apiscendae* (oder *adipiscendae*) *psionis c* +*dum* $\bar{t}\bar{m}$ (4) $\bar{q}\bar{q}$ *tto* $\bar{i}\bar{c}$ *institutus* $\bar{u}$ legitimus *quoq. heres sit* (5) *potior. scribti* habentur, $\bar{u}\bar{u}$ *si tt* ideo non iure factum sit etc.

Also aufgelöst:

si vero nemo sit alius iure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt, *si possident, aut interdictum* adversus eos habent, *qui bona possident*, *eorum bonorum adipiscendae possessionis causa. interdum tamen, quanquam testamento iure civili institutus vel* legitimus *quoque heres sit, potiores scripti* habentur, velut si testamentum ideo non iure factum sit, aut quod familia non venierit, aut nuncupationis verba testator locutus non sit.

Man könnte wohl auch lesen QVORVM BONORVM statt eorum bonorum; aber ich glaube nicht, daß Gaius hier schon so schlechthin diesen Kunstausdruck gebraucht hat. Vgl. 3, 34. — Zunächst folgte dann noch etwa: *tum* (8) *ผn adūsus herem a p̀tore defenduntur p doli mali* (9) *exceptionem.* Und dann der Gedanke: *Alia causa est eorum, qui herede non extante bona possederint nec tamen a Praetore b. possessionem acceperint.*, woran sich weiter anschloß:

etiam hi (11) possessores tamen res olim obt*inebant* an*te l. Iul.* (legem Iuliam), qu(12)a lege bona caduca fiunt et ad populum deferri iubentur, si defuncto nemo *heres vel bonorum possessor sit.*

So ergänze ich die letzte Lücke, damit noch Raum bleibe für den Anfang des folgenden Satzes.

Anstatt der letzten Worte hat Göschen für die in der Handschrift fehlenden etwa 17 Buchstaben *successor exstiterit* gesetzt. Was ich vorgeschlagen, empfiehlt sich aber nicht blos dadurch, daß die Lex selbst sich wahrscheinlich dieser kunstmäßigen Ausdrücke bedient hat, die Gaius selbst gelegentlich III, 78. gebraucht, sondern hauptsächlich aus dem Grunde, weil es sich mit weit weniger Zeichen geschrieben denken läßt, z. B. *h. u. b. p. sit.* Und dieses anzunehmen, liegt meines Erachtens eine Nöthigung darin, daß die folgende Periode schwerlich mit einem so

absolut gesetzten potest angefangen haben kann, sondern noch etwas vorher gestanden haben muß. Ich meine etwa *s' qa fieri*, worauf denn auch das völlige Dunkel, welches bisher über dem §. 151. lag, sich in etwas wird aufhellen lassen. Wir lesen dann nach jenem Eingange jedenfalls mit der Handschrift:

Sed quia fieri potest, ut iure facta testamenta — — — — — infirmentur, apparet, n (non) posse — — —

während man bisher die Periode mit infirmentur schloß und n in das Zeichen für enim verwandeln wollte. Wovon nun aber Gaius hier handelte, bleibt freilich noch unklar. Doch läßt sich eine Vermuthung aussprechen, die sich darauf stützt, daß im Folgenden offenbar noch vom Verhältniß des heres zur bonorum possessio im Falle der Ungültigwerdung des Testaments die Rede ist. Vielleicht sprach nämlich Gaius von dem Falle, wo das Testament civilrechtlich durch die c. t. b. p. ungültig wird, weil die eingesetzten Erben mit Rücksicht auf dieselbe nicht antreten. Er konnte dann im Gegensatz zu dem in §. 149. aufgestellten Princip den Gedanken anknüpfen: es sei klar, daß, wenn in diesem Falle die civilen Intestaterben einträten, sie den b. possessores die Erbschaft nicht abnehmen könnten. Von dieser Voraussetzung ausgehend ließe sich denn auch die Lücke vor infirmentur mit Anschluß an die Zeichen der Handschrift so ausfüllen: *pp contra tab. b. p.* = propter contra tabulas bonorum possessionem.

II, 155.

et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient, —

Lachmanns Veränderung des handschriftlichen propter contractione in pro portione scheint sehr kühn und ich glaubte deshalb bescheidener propter con*turba*tionem zu emendieren von conturbare, bekanntlich so viel als decoquere, in materiellen Concurs kommen (vgl. außer den Beispielen der Lexica Quintil. decl. 273., Petron. 38. 81. und Turneb. adv. 4, 15. 22, 23.), conturbatio also Insufficienz, Insolvenz. Bei genauerer Betrachtung habe ich mich aber überzeugt, daß Lachmanns Conjectur nicht blos dem Ausdruck nach richtiger, sondern auch diplomatisch leichter ist. Er selbst hat schon auf mehrere ähnliche Irrungen der Handschrift aufmerksam gemacht, von denen die in §. 205. damni contractionem statt damnationem die ähnlichste ist. Sie erklären sich aber daraus, daß der Abschreiber die bekannte Sigle für

Ablauf der cretio absichtlich pro herede gerierte, so liege darin eine Verzichtleistung auf die cretio und auf das Recht, durch diese den Nacherben noch gänzlich auszuschließen. So könne er also durch ein solches pro herede gerere sofort den Nacherben zu seinem Miterben zulassen. Dieses hielt man aber später mit Recht für irrig. Denn die Erbeseinsetzung ist lediglich eine Willenserklärung des Testators, nur in dessen Sinne darf sie ausgelegt werden, von einem Recht der Verzichtleistung des Erben im Verhältniß zum Nacherben oder einer Admission des letzteren durch den Vorerben, ohne daß er vom Testator selbst admittiert wäre, kann nicht die Rede sein. Nach dem Willen des Testators ist aber der Nacherbe offenbar nicht eher berufen, als wenn die Cretionsfrist ohne cretio des Vorerben abgelaufen ist. Demnach muß man posse beibehalten.

II, 192.

Legatorum utique genera sunt quatuor.

Statt des hier ganz unpassenden utique schreibe man itaque, welches Wort Gaius stets nach solchen Einleitungen, wie sie hier in §. 191. vorangeht, zu gebrauchen pflegt, wie 1, 13. 52. 110. 144. 2, 2. u. s. w.

II, 193.

Hier sollte man wenigstens in der zweiten Lücke das deutlich in der Handschrift stehende Wort *alteru* in den Text aufnehmen und es nicht in alterutrum verwandeln; denn alter steht sehr oft für alteruter und dann selbst richtiger, wenn der Sinn nicht sowohl ist: welcher von beiden es sein mag, sondern, wie hier: einer von beiden allein. Viele Beispiele hat gesammelt Frotscher zum Quintil. 10, 1, 26.

Zur Bestätigung des nachher stehenden SV*MITO* ist besonders Serv. ad Aen. 5, 533. zu vergleichen: *Sume, pater*] praecipe, nam verbum est Iurisconsultorum, quo utuntur, quotiens legatum non ab herede datur (d. h. vom Erben erst erfüllt werden soll) sed est in accipientis arbitrio.

II, 205.

Die erste Lücke scheint nach den noch erkannten Zügen der HS. so ausgefüllt werden zu müssen:

Est et *illud dis|crimen p vindication. et p damna7n. legati q si ead. r.* (per vindicationem et per damnationem legati, quod si eadem res) duobus pluribusve per damnationem legata sit etc.

II, 215.

Maior illa dissensio in hoc legato intervenit, si eandem rem duobus pluribusve disiunctim elegasti, quidam putant, utrisque solidum deberi, sicut per damnationem.

Das Wort elegare als mit legare ganz gleichbedeutend hat Lachmann hier nach der HS. und §. 227. durch Conjectur dem Gaius und damit dem juristischen Sprachgebrauch vindicieren wollen. Wie gewagt dieses ist ohne sonstige Stütze, bedarf bei einem so feststehenden Kunstausdruck und bei der Fehlerhaftigkeit der Veroneser HS. kaum der Bemerkung. Eine solche Stütze soll nun freilich in der Stelle des Petronius c. 43. liegen, der einzigen, wo das Wort sicher vorkommt: Et ille stips, dum fratri suo irascitur, nescio cui terrae filio patrimonium elegavit. Aber, wie der von Lachmann weggelassene Zwischensatz zeigt, und wie auch die ältern Philologen einstimmig annahmen, heißt hier elegavit nach Analogie von enubere, elocare u. dgl. m. extra familiam legare. Das Wort ist wahrscheinlich auch nur von Petronius gebildet oder aus dem grauen Alterthum wieder hervorgesucht und es steht so wenig in dem gewöhnlichen juristischen Sinne von legare, daß es allem Anschein nach die Einsetzung eines Fremden zum heres ex asse bedeuten soll. Hätte es aber auch Petronius statt legare gesetzt, so würde daraus so wenig für den juristischen Sprachgebrauch etwas folgen, als man z. B. daraus, daß nicht juristische Classiker häufig emancipare für mancipare gebrauchen, schließen darf, auch ein Jurist der Kaiserzeit würde so gesagt haben.

Das e vor legasti verräth aber eine andere offenbare Corruptel unserer Stelle. Schicklicher Weise kann man nämlich einen die Wirkungen des Legats (solidum deberi) betreffenden, also den Tod des Testators voraussetzenden Satz nicht so ausdrücken, daß man annimmt, ein noch Lebender habe legiert (legasti), und schwerlich findet sich dafür irgend ein Beispiel bei einem juristischen Classiker; Gaius wenigstens sagt überall: quod quisque (aliquis) legaverit oder quod legatum est. Wahrscheinlich stand also ursprünglich geschrieben ē legata; als dieses aber in elegasti verderbt wurde, änderte der Abschreiber natürlich auch im Anfange ea*n*dem re*m* und es ist also wieder herzustellen:

si eadem res duobus pluribusve disiunctim est legata.

Vgl. 2, 195. 199. 200. 205. 218. 219. 223. Hinter intervenit würden wir lieber mit einem Colon interpungieren.

II, 224.

quare qui scribti heredes erant, ab hereditate se abstinebant; et idcirco plerique intestati moriebantur.

Da Gaius vorher nur gesagt hat, es habe nach dem Zwölftafelgesetz dem Testator zugestanden so viel zu legieren als er wollte, so fehlt es nach der recipierten Lesart diesem Folgesatze gar sehr an wahrer Folgerichtigkeit; denn offenbar hätte er diese nur dann, wenn gesagt wäre: die eingesetzten und so mit übermäßigen Legaten beschwerten Erben schlugen aus. Da nun die Handschrift nicht qua*re*, sondern *ae* statt *re* gibt, so vermuthe ich, daß dieses *ae* anstatt *le* = lege irrig gelesen oder geschrieben sei. Wir erhalten dann den Sinn: die nun nach diesem (mit Gebrauchmachung von diesem) ein übermäßiges Legieren gestattenden Gesetze zu Erben eingesetzt waren (d. h. die überschwerten Erben) schlugen die Erbschaft aus.

II, 226.

nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio, poterant adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi, huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

Die Handschrift hat poterat, weshalb Göschen hinter relinquere *testator* hinzufügte, gewiß mit einem richtigeren Tact für den Styl des Gaius, als Lachmanns poterant verräth. Allein noch angemessener und leichter lesen wir poterat adeo heredi minimum relinqui *rei*, wo rei auf das dem Erben als solchem zustehende, ihm nach Zahlung der Legate übriggelassene Erbvermögen geht.

II, 227.

Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus elegare liceat, quam dodrantem.

Cod.: plus *ei legare*. Die frühern Herausgeber hatten ei gestrichen, Lachmann hat daraus sein elegare gemacht. Wahrscheinlich sind diese Buchstaben entweder aus cui (Theophil. 2, 22. pr. *μὴ ἐξεῖναί τινι πλέον τῶν ϑ' οὐγκιῶν τῆς πάσης περιουσίας ληγατεύειν*) oder, was mir das Richtige scheint, aus h', der Nota für hereditatis, entstanden; denn offenbar fehlt nach dem jetzigen Texte der Begriff dessen, wovon der dodrans verstanden werden soll, und nur nach unserem Vorschlage hat die Folgerung ihre Richtigkeit itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat. Vgl. auch Ulp. 24, 32. Lex Falcidia iubet non plus quam dodrantem totius patrimonii legari.

II, 235.

Ungeachtet Lachmanns Omnia vana! glaube ich, daß die für Gaius Styl unerträgliche Periode so gelesen werden muß:

sed et si here*dem* verbi gratia intra biennium monumentum sibi (*facere et si*) non fecerit, X Titio dar*e* iusserit etc.

II, 243.

nihil enim intererit, utrum legatum dare iubeatur heres, si fecerit aliquid aut non fecerit, an coheres ei adiciatur; quia tam heredis adiectione, quam legati datione conpellitur etc.

Die Handschr. hat tamen heredis. Daher ist richtiger zu lesen tam coheredis adiectione; denn die adiectio bedingt einen *co*heres, und en ist nur falsche Deutung und Auflösung der Sigle c'.

II, 254.

senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset, hereditatem restituere, perinde liceret, quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur.

Anstatt des zweiten retinere, welches in Justinians Institutionen steht, hat die HS. retinendis. Daraus ist leichter und besser retinendi ius zu machen. Die Lex Falcidia hatte eigentlich nicht das factische Retinieren, sondern durch Ungültigerklärung der übermäßigen Legate das Recht dazu zugestanden.

II, 269.

Nam ecce per fideicommissum ****** heredis relinqui potest: cum alioquin legatum nisi testamento ******* inutile sit.

Lachmann hat richtig gesehen, daß die erste Lücke mit etiam nutu, die zweite mit relictum auszufüllen sei. Seiner Veränderung von heredis in hereditas steht aber entgegen, daß es dann den Anschein gewönne, als wenn nur d i e E r b s c h a f t so durch Fideicommiß hinterlassen werden könnte, und daß die Bezeichnung des Gegenstandes des Fideicommisses hier überhaupt ganz unpassend ist. Ich glaube, daß heredis aus capitis entstanden ist, nachdem der Abschreiber aus nutu ein anderes Wort gemacht hatte, welches nicht mehr zu erkennen ist — vielleicht *q* sit (=quod sit).

II, 274.

Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est,

per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.

Wenn Gaius gesagt hat, daß eine Frau von einem zu 100,000 Assen censierten Bürger kraft der Lex Voconia heres institui non potest, so muß dieses Gesetz eine solche Erbeseinsetzung für nichtig erklärt haben. Im Vertrauen auf diese Lesart habe ich daher auch diesen Theil der Lex Voconia früher mit allen Neuern für eine lex perfecta gehalten (das Recht des Nexum S. 120.): wiewohl mit großem Befremden, weil sie dann die einzige Lex dieser Art aus der Zeit vor dem Untergange der Römischen Freiheit sein würde und eine solche Ausnahme sich kaum denken läßt, besonders in Betreff der Erbfähigkeit, bei welcher alle übrigen gesetzlichen Beschränkungen sich blos auf das ius capiendi beziehen. Es kommen aber noch andere Schwierigkeiten hinzu. Die andere Vorschrift der Lex, wegen der Legate, verbot entschieden nicht das legare mit cassatorischer Clausel, sondern nur das legatum capere über das Maaß der Lex hinaus und unterschied sich dadurch wesentlich von der schon unter den Triumvirn gegebenen Lex Falcidia (Gai. 2, 226.). Wie sollte nun dasselbe Gesetz dort die passive testamentifactio der Frauen selbst, hier nur die Erwerbfähigkeit des Legatars aufgehoben haben? Auch läßt Gaius hier auf die Voconische Bestimmung über die Frauen unmittelbar und mit der Anknüpfung durch Item die Incapacität der Latini Juniani folgen, von denen es ganz unzweifelhaft ist, daß sie gültig eingesetzt werden konnten und eben nur das ius hereditates capiendi nicht hatten. Endlich legt auch keine andere Stelle der Lex Voconia die Eigenschaft einer lex perfecta bei. Nach Cicero Verr. Lib. I, 42. bestimmte sie zwar, ne quis heredem virginem neve mulierem faceret, aber hinsichtlich der Wirkungen einer solchen Einsetzung wissen wir durch ausdrückliches Zeugniß nur, daß eine Frau nach dieser Lex nicht heres *esse* (Cic. de rep. 3, 10.) oder *κληρονομεῖν* (Dio 56, 10.) konnte, und hinsichtlich der Prätoren, die ad sententiam legis Voconiae edicierten, daß sie dem gegen sie Eingesetzten hereditatis nec petitionem nec possessionem geben zu wollen erklärten (Cic. Verr. Lib. I. 44.), was entschieden auf unwirksamen Erwerb geht. Zwar verkennen wir dabei nicht, daß der Prätor überhaupt nur derartige Bestimmungen treffen konnte; aber wenn die Einsetzung der Frau ipso iure nichtig gewesen wäre, dann hätte doch auch von einer Versagung der hereditatis petitio gar nicht die Rede sein können.

Alle Schwierigkeiten lösen sich nun, wenn wir beachten, daß die HS. keineswegs heres institui, sondern *hdes institutio* hat, woraus sich viel leichter heredis institutione als heres institui machen läßt, mag man hinsichtlich des letzten Worts annehmen, daß der Abschreiber institution. (also das folgende n von non nur einmal statt zweimal) oder institu7ne geschrieben habe. Wir lesen also:

Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heredis institutione non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.

Nach dem Style des Gaius wird freilich wohl auch noch der Ausfall des Verbum capere vor non potest angenommen werden müssen. Es war vielleicht mit c̄ notiert, was sonst nur in der Verbindung ūc̄ = usucapere vorkommt. Jedenfalls ist nun ab eo mit capere zu verbinden und heredis institutione und fideicommisso einander entgegengesetzt zu denken.

Eine gründliche Untersuchung über das Recht der Lex Voconia wird zeigen, wie wichtig die hiermit sicher gestellte Beziehung derselben auf das ius capiendi der Frauen für ein richtiges Verständniß ihrer Geschichte sei.

II, 276.

Item cum senatusconsulto prohibitum sit, proprium servum minorem annis XXX liberum et heredem instituere, plerisque placet, posse nos iubere liberum esse cum annorum XXX erit, et rogare, ut tunc illi hereditas restituatur.

Göschen nahm Anstoß an der Erwähnung eines Senatusconsults als Quelle dieses Rechtssatzes, der vielmehr aus der Lex Aelia Sentia zu folgen scheine. Die Sache scheint sich aber so zu verhalten. Da nach der Lex Aelia Sentia der im Testament freigelassene Sclav unter 30 Jahren nur prätorischer Schützling wurde, also civilrechtlich Sclav blieb, so konnte das kaum zweifelhaft sein, daß man ihn geradezu nicht freilassen und wirksam zum Erben einsetzen könne; denn das Erbrecht beruht auf dem ius civile und nach diesem würde man seit jener Lex immer noch nur einen eigenen Sclaven, nach der Lex Junia aber einen eigenen Latinus incapax eingesetzt haben (Ulp. 22, 8.). Auch ist zu behaupten, daß hier die Einsetzung dieses incapax schon von Anfang an nichtig war und nicht erst, wie im Falle eines freien incapax, z. B. auch wenn ein schon vorhandener Latinus eingesetzt war, hinterdrein durch sein non capere caduc wurde. Denn da hier principiell

— die Einsetzung noch anderer Erben ist zufällig — Freiheits- und Erbschaftsertheilung einander gegenseitig bedingen und der eigene Sclav des Testators nicht wie ein schon vorhandener Latinus aus sich selbst, sondern nur ex persona testatoris als mit dessen Tode und Willen sofort Freier die Fähigkeit eingesetzt zu werden besitzt, so muß derselbe dann auch sofort Römisch frei sein, um seine eigene Freiheit und Erbeseinsetzung begründen zu können. Nach beiden Gesetzen wäre selbst auch die Freiheit ungültig ertheilt worden, wenn der Testator nur diesen seinen Sclaven unter 30 Jahren zum Erben eingesetzt hätte. Daß nun auch die Lex Aelia Sentia selbst die Sache so ansah, ergibt sich aus der Bestimmung derselben, wonach ein zahlungsunfähiger Herr ausnahmsweise einen Sclaven unter 30 Jahren im Testament sollte freilassen und zum Erben einsetzen können (Gai. 1, 21. Ulp. 1, 14.). Die Frage war aber, ob man nicht einen solchen Sclaven unter der Bedingung, wenn er 30 Jahr alt sein würde, freilassen und einsetzen könne: eine Bedingung, die ihrer rechtlichen Bedeutung nach nur die Natur eines dies haben konnte, da die Bedingung der Erbfähigkeit bloßes Erforderniß, also conditio iuris ist. Daß nun die Freilassung den Sclaven dann zum Römischen Bürger mache, scheint nach dem Nachsatze unseres §. (plerisque placet) wenigstens von der Mehrzahl der Juristen angenommen worden zu sein, und mit Recht, da die testamentarische Freiheit auch ex die ertheilt werden (L. 22. D. de condit. instit. 28, 7.) und der Zusatz heresque, wenn ungültig, ihr nicht schädlich sein kann. Man konnte zwar einwenden, es sei dieses doch gegen die Absicht des Gesetzes, welches gewollt habe, daß einem Sclaven unter 30 Jahren nur iusta causa probata das Römische Bürgerrecht ertheilt werde; in der That war aber der Fall, daß der Herr eines unter 30 Jahre alten Sclaven diesen im Testamente unter der Bedingung manumittierte, wenn er ein höheres Alter erreicht hätte, im Gesetz frei gelassen. Ob aber in diesem Falle auch die Erbeseinsetzung gültig sei, war viel zweifelhafter, weil der Erbe nach der Natur der Erbfolge so angesehen werden muß, als werde er es sofort mit dem Tode: weshalb eine mit einem dies ex quo geschehene Einsetzung nur aufrecht erhalten werden kann, indem man den dies als nicht geschrieben ansieht, L. 34. D. de hered. inst. (28, 5.). Dieses ging jedoch hier nicht an, weil dann die Einsetzung eines servus proprius ohne Röm. Freiheit übrig blieb, die ungültig war; daher selbst die Einsetzung Stichus liber esto et si liber erit, heres esto Gegenstand des Streites war und erst durch ein Rescript von

arcus für gültig erklärt wurde, weil man die Worte si liber erit
ch als müßigen Zusatz streichen könne. L. 51. pr. D. de hered.
stit. (28, 5.). Hier war aber die Römische Freiheit nicht, wie in
n eben gedachten Falle, blos im Gedanken, sondern real von dem
oment, wo die Erbfähigkeit vorhanden sein mußte, hinweggerückt.
anche mochten sich freilich darauf berufen, daß, wie zu Modestins
it angenommen war (L. 62. pr. D. eod.), in tempus capiendae
reditatis institui heredem posse, benevolentiae est, veluti: Lucius
tius, cum capere potuerit, heres esto. Vgl. L. 51. D. de leg. 2.
i einem an sich Einsetzungsfähigen konnte man nun auch den Zu-
: z. B. cum uxorem duxerit, als wirkliche Bedingung fassen; nicht
er auch in unserem Falle und das sprach unser SC. aus.

Faßt man nun das Verbot des Senatusconsults so auf, daß es
besonders auf die Einsetzung eines zugleich freigelassenen Sclaven
ter 30 Jahren für den Fall, daß er 30 Jahr alt werden würde,
og, so erklärt sich zugleich, warum im Nachsatz unseres §. eben die-
Fall für die fideicommissarische Restitution der Erbschaft angenom-
n wird. Denn da Latiner Fideicommisse erwerben können und der
lav unter 30 Jahren durch testamentarische Freilassung Latiner wird,
kann es an sich kein Bedenken haben, daß der Erblasser seine Erb-
aft fideicommissarisch auch seinem im Testament unbedingt freigelas-
en Sclaven unter 30 Jahren gültig hinterlassen kann.

Drittes Buch.

III, 33.

Die kleineren Lücken möchten so auszufüllen sein:
de quibus in his commentariis *copiose n̄ agim'* (agimus) *q̸* (quia) *alias* hoc ius totum propriis commentariis *explicavimus. h'* (hoc) solum admonuisse sufficit —

III, 37.

et hic adierit hereditatem, sed bonorum possessionem petere noluerit, etsi quis ex proximis cognatis petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem.

Der Begriff etsi, obgleich, ist dieser Stelle nicht angemessen. Es scheint aus et sic verderbt.

III, 43.

Auch die Lücken dieses Paragraphen lassen sich nach dem Zusammenhange und mit Benutzung der noch sichtbar gebliebenen Zeichen mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit durch folgende Restitution beseitigen:

itaque sive auctor ad testamentum faciendum || factus *erat, neque tantum, quantum vellet, tt* (testamento) *sibi* | relictum *erat, de se queri debebat, qui id* | *a liberta* impetrare *potuerat. si vero* auctor *ei factus* non erat, *et.* (etiam) tutius *hereditat.* (hereditatem) morte *e'* (eius) *ca*|*p*iebat; *n̄* (nam) *neque suum heredem liberta relinquebat, q́* (qui) | posset patronum a bonis *eius vindicandis* repellere.

Ueber sive mit folgendem si vero vgl. Lachmann zu 2, 193. Not. 6. Wegen de se queri 3, 40. nulla videbatur esse querella. Etiam tutius, weil die Bedenkung des Patrons im Testament verfälscht oder auf andere Weise vereitelt werden konnte.

Bei Ulp. 29, 2. ist zu lesen: itaque si intestata moriatur liberta, semper ad eum hereditas pertinet; licet *enim* liberi sint libertae, quoniam non sunt sui heredes matri, *non* obst*ant* patrono.

III, 44.

Die ersten größeren Lücken hat schon Göschen dem Sinne nach befriedigend ausgefüllt. Hinsichtlich der Worte

virilis pars patrono debeatur ** | ** ex bonis eius, quae omnia —

zeigt die Vergleichung von §. 47., daß ex bonis eius noch mit zu debeatur gehört, daher in der HS. gestanden haben wird:

debeatur ʒ *tab.* (contra tabulas) ex bonis eius.

Im Folgenden scheint Gaius gesagt zu haben, daß alle bisher erwähnten Pflichttheilsrechte des Patrons von einer nicht erlittenen cap. deminutio des Patrons oder der Freigelassenen unabhängig seien; daß aber, wenn die Freigelassene, obgleich mit Hinterlassung von vier Kindern, ohne Testament und ohne eine cap. deminutio gestorben sei, dem Patron die Erbschaft nach den 12 Tafeln zukomme. Vgl. §. 51.

III, 47.

Set ut ex bonis libertae suae quatuor liberos habentis virilis pars ei deberetur, liberorum quidem iure *non est comprehensum*, ut quidam putant. set tamen intestata liberta mortua, verba legis Papiae faciunt, ut ei virilis pars debeatur. si vero testamento facto mortua sit liberta, tale ius ei datur, quale datum est — — — liberique contra tabulas testamenti liberti habent.

Zu Anfang will Gaius offenbar sagen, daß das Notherbenrecht der Tochter des Patrons am Vermögen einer Freigelassenen mit vier Kindern zu einem Kopftheil davon, daß sie Kinder habe, wenigstens nach der Meinung Einiger, unabhängig sei; daß ihr aber ein solches Erbrecht nach den Worten des Papischen Gesetzes doch zustehe, wenn die Freigelassene ohne Testament verstorben sei. Diesem Sinne entsprechen die von Lachmann in der ersten Lücke gesetzten Worte non est comprehensum eben so wenig wie Göschens Vorschlag non consequitur. Man lese — nach den Schriftzügen eben so leicht —: opu*s ei* n*on est*, und stelle dann auch vorher statt Lachmanns deberetur Göschens debeatur wieder her.

In der folgenden großen Lücke ist Lachmanns Vorschlag tribus quatuorve liberis honoratae, simile huic iuri quod patronus unhaltbar. Er entspricht nicht dem Style des Gaius und ist in sich unverständlich; denn wir wissen nichts von Papischen Erbrechten, welche

eine patrona quatuor liberis honorata erhalten hätte. Vgl. 3, 50. Meinen eigenen früheren Versuch (Studien S. 42.) verbessere ich dahin:

patronae trib. liueris hono|ratae ut pinde p̄d̄ b̄n̄ habeat p̄s̄ quā patronus

also im Zusammenhange:

tale ius ei datur, quale datum est *patronae* tribus *lib*eris *honoratae, ut* proinde *partis dimidiae bonorum habeat* possessionem, *quam patronus* liberique contra tabulas testamenti liberti habent.

Es ist dabei zu bemerken, daß die besonders von Lachmann sehr hervorgehobene Trennung der Wörter in der HS. nicht so sicher und bedeutend ist, wie es nach ihm scheinen möchte. Wegen der Sache selbst verweise ich auf meine frühere Ausführung.

III, 48.

Ex his apparet, extraneos heredes patronorum longe remotum ab omni eo iure iri, quod vel in intestatorum bonis vel contra tabulas testamenti patrono competit.

Daß Gaius hier mit Rücksicht auf das abweichende Recht der bona Latini liberti sagen wollte, auswärtige Erben der Patrone (im Gegensatz zu den Kindern) hätten kein Intestat= und kein Pflichttheilsrecht am Vermögen des Freigelassenen, ist freilich unläugbar. Nun ist zwar remotum esse ab aliqua re für alienum esse eine gute Lateinische Redensart, die auch bei Juristen vorkommt (z. B. L. 7. §. 16. L. 27. §. 4. D. de pactis 2, 14.), und dasselbe gilt von longe remotum esse (Cic. agrar. 2, 12 fin. cum tu a Tiberii Gracchi aequitate ac pudore longissime remotus sis). Wie man aber von einer Ausschließung, die nicht etwa durch eine Handlung z. B. des Prätors (wie removeri exceptione) erfolgt, sondern auf einem Rechtsgrundsatz beruht, sagen könne remotum iri, ist mir unverständlich. Man wird also in der erst von Lachmann ergänzten Stelle lesen müssen longe remot*os* *ēē* (esse) *ab omni eo* iure*h*rio (hereditario) quod.

III, 54.

Hactenus omnia iura quasi per indicem tetigisse satis est.

Daß Gaius blos so allgemein omnia iura nicht geschrieben haben kann, ist klar. Wir lesen omnia *illa* iura, mag illa wegen der Aehnlichkeit des vorhergehenden nia ausgefallen oder ursprünglich ōm̄illa geschrieben gewesen sein; denn wenigstens die Sigle ōm̄b. kommt selbst bei Gaius vor.

III, 56.

quare legis Iuniae lator cum intellegeret.

Die HS. hat Iuniae zweimal und schwerlich irrig. Vielmehr dient diese Stelle zur Bestätigung der ohnehin begründeten Ansicht, daß diese Lex von den Consuln des J. 772. M. Junius Silanus und L. Junius Norbanus Balbus herrühre. Wegen des gleichen Nomen beider nannte man die Lex meistens blos Junia, was man mit dem schon üblichen lex Papia statt Papia Poppaea entschuldigen konnte; Andere, die doch den Antheil beider Consuln an der legislatio nicht unbezeichnet lassen wollten, entschlossen sich zu der Abweichung von der Regel, zu dem Nomen des einen das Cognomen des andern hinzuzufügen, und sagten Lex Junia Norbana (§. 3. J. de libert. (1, 5.) Theoph. ib.), was dadurch gerechtfertigt werden konnte, daß die Norbaner in der Gens Junia eben so wie die Marceller in der Claudia (Cic. de orat. 1, 39.) Anspruch auf besondere gentilitische Rechte den patricischen Juniern gegenüber gemacht zu haben scheinen. Denn in den Consularfasten selbst und sonst (Gruter. 1041, 14.) wird der zweite Consul L. Norbanus C. f. Balbus bezeichnet, so daß hier Norbanus an die Stelle des nomen gentilitium gerückt erscheint, und eben so heißen Freigelassene dieser Familie Norbanus. Petron. 38. und auf Inschriften. — Die genaue Bezeichnung des Gesetzes enthält aber nur unsere Stelle. Daneben ist legislator, statt dessen man legislatores erwarten möchte, weder unrichtig, noch ungenau. Denn wenn auch ein Act vom Collegium der Magistrate ausging, so handelte doch immer nur Einer Namens desselben, wie wir dies namentlich auch von den Censoren wissen. Vgl. III, 75. 76.

III, 67.

Mehr als mein früherer Vorschlag entspricht folgende Ergänzung zugleich dem Sinne und den Zügen der Handschrift:

Item ad liberos, qui ab hereditate parentis se abstinuerunt, *b̄* (oder *ū*) *latinor. p̄tinēt q̄ū* (bona Latinorum pertinent, quamvis) al*ieni habeantur a patern*|a hereditate, q (quia oder quod) exheredati nullo modo dici possunt, non magis quam qui testamento silentio praeteriti sunt.

III, 79. 81.

An meine Restitutionen dieser Stellen in dem Recht des Nexum S. 153. erinnere ich ausnahmsweise nur deshalb, weil gegen die letz-

tere der Einwand erhoben worden ist, Gaius könne nicht gesagt haben: bonorum emptorum idem plane ius, quod est mancipum, esse intellegitur, weil er von den mancipes nirgends früher gesprochen habe. Gerade das Thatsächliche dieses Gegenarguments möchte ich bestreiten, da es sehr wahrscheinlich ist, daß er auf der verloren gegangenen Seite CXVI. (hinter 2, 26.) von den mancipes gehandelt hat. Denn nachdem er gesagt, daß die Mancipation die eigenthümliche Uebertragungsart der res mancipi sei, mit der aber auch die in iure cessio gleiche Kraft habe, wird er zuerst bemerkt haben, daß, wenn eine res mancipi weder mancipiert noch in iure cediert sei, der Erwerber im Falle der Eviction keinen Anspruch auf's Doppelte habe, wenn deshalb nicht stipuliert sei, wogegen jene civilen Erwerbarten das ius nexi und damit einen Anspruch auf das Doppelte mit sich führten. Sodann aber, daß durch in iure cessio auch körperliche res nec mancipi veräußert werden könnten, nicht aber auch durch mancipatio. Doch leide letzteres eine Ausnahme — wenn fiduciae causa eine res nec mancipi veräußert werde, wo der Titel ein universeller ist, die Sache also eigentlich als familia veräußert wird. Hieran schloß sich denn ganz natürlich die Erwähnung des manceps. Auch dann nämlich, wenn der Staat Beute oder irgend welchen Inbegriff von Sachen öffentlich veräußere, wo zwar die Uebertragung selbst nicht mancipatio, aber der Erwerber manceps heiße, weil er mit erhobener Hand sich als Käufer bekenne, gehen auf ihn mit erhaltenem Zuschlage alle Sachen, mancipi und nec mancipi, zu vollem Eigenthum über. Hierauf folgte endlich eine körperliche res nec mancipi, welche weder der mancipatio noch der in iure cessio und damit auch des ius nexi nicht fähig sei, das solum provinciale.

III, 84.

*Ex di*verso quod *debet is*, *qui se in* adoptionem dedit, v*el* q*uae* i*n* m*anum convenit*, *ad* ipsu*m quidem* coemptionatorem aut ad patrem adoptiv*um pertinet* hereditarium aes alienum, *proque eo*, *quia suo* n*omine* ipse pater adoptivus *aut* c*oemptionator* heres fit, directo tenetur iure, *non vero is*, *qui* se adoptandum dedit, quaeve in manum convenit, quia desinit iure civili heres esse.

In dieser scharfsinnigen, größtentheils Lachmannschen Restitution bedarf doch noch Mehreres der Umgestaltung.

ad ipsum] Auf den coemptionator bezogen, hat ipsum keinen

rechten Sinn. Auch ist quod debet is etc. in seiner jetzigen Verbindung mit hereditarium aes alienum ungefügig. Man lese:

vel quae in manum convenit, trit (transit) *et* ips*um ad* coemptionatorem aut ad patrem adoptivum, *si q̄d est* (si quidem est) hereditarium aes alienum.

proque eo etc.] Verdächtig wegen des suo nomine … heres fit, des verworfenen succed… der Scheden und des sicher unrichtigen blos negativen *non vero is, qui* etc. Richtiger also:

deq̄ (deque) *eo ipse* | *coem7nat. ā* (coemtionator aut) ipse pater adoptivus succede*ns*, *q.* (quia) *re* | tro heres fit, directo tenetur iure, *liberatur ů is q* (vero is, qui) se adoptandum dedit, qu*aeve in manum convenit*, quia desin*unt esse* heredes.

Statt proque habe ich deque gesetzt, weil Gaius dieses auch nachher gebraucht und ersteres schwer zu belegen sein möchte. Auch iure civili ist an dieser Stelle sehr unwahrscheinlich; sollte es überhaupt stehen, so hätte es schon vor heres fit gehört.

III, 90.

quae proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant.

Richtiger strich Göschen res. Der Abschreiber hielt pondēre für ein Verbum und ergänzte *res*pondere, weshalb er denn auch quae in qua verwandelte und am Ende auch wohl constat schreiben wollte: „so weit es gewiß ist, daß es der Zahl und dem Maaß nach entspricht.“

III, 96.

Auf der unlesbar gebliebenen pag. LX a. hatte Gaius ohne Zweifel die Frage behandelt, ob man auch durch einseitiges mündliches Versprechen ohne vorangegangene Frage verbis obligiert werde, und in Beziehung hierauf im Wesentlichen das gesagt, was wir noch in der Epit. II, 9. §§. 3. 4. lesen — vielleicht noch mit Vorausschickung des Falles — worauf die Anfangsworte unseres §. gegangen sein könnten (Illud dubitari potest, si quis) — daß der Promissor mit einem anderen Worte antwortet, als mit welchem er gefragt worden ist (L. 1. §. 2. D. de verb. obl. 45, 1.). Dieser Tractat schloß dann etwa mit dem Ausspruche, daß durch iurata promissio nur Freigelassene ihrem Patron wegen Geschenks oder Dienste obligiert würden (obligentur — vgl. Epit. §. 4 fin.). So wenigstens nach Römischem Rechte (utique cum quaeritur de iure Romanorum). Was nun

folgt, läßt sich in ziemlich vollständiger Uebereinstimmung mit der Handschr. so restituieren:

nam aput peregrinos quid iuris sit, singularum civitatium iura requirentes, aliud in *alia* lege re*piem'* (reperiemus).

Hier ist lex selbst im peregrinischen Sinne gebraucht; vgl. I, 193.

III, 102.

Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit, non responderit: velut si sestertia X a te dari stipuler, et tu sestertia V mihi promittas.

Vielmehr nach der HS.: et tu nsestertiū (nummum sestertium) V milia promittas. Nur so wird der Widerspruch unserer Stelle mit L. 1. §. 4. D. de verb. obl. (45, 1.) und L. 15. D. de acceptil. (46, 4.) vermieden, wonach ohne Erwähnung irgend einer Meinungsverschiedenheit, wenn blos die Summe differiert, die Stipulation oder Acceptilation für das Geringere gilt. Zwischen der Frage sestertia decem mihi dare spondesne? und der Antwort: nummum sestertium quinque milia dare spondeo ist nämlich — was freilich Justinian §. 5. J. de inutil. stip. (3, 20.) und Epit. II, 9. §. 10. durch die damalige Gleichheit dieser Geldbeträge, und die Neuern, wiederum durch jene verleitet, übersehen haben — keineswegs blos ein Unterschied der Summe, sondern auch der Art. Sestertium ist, wie Gronov (de pec. vet. 1, 4. p. 19 seq.) aus andern Gründen überzeugend dargethan hat, vollständig ausgedrückt sestertium pondus (librarum) argenti, d. h. 2½ Pfund Silber, und gilt im gemeinen Leben nur deshalb 1000 sestertii nummi gleich, weil aus einem Pfunde Silber 400 Sestertien gemünzt wurden. Es bezeichnet also gar kein Römisches Geld als solches und diese Rechnungsweise kam auch gewiß ursprünglich im Verkehr mit Peregrinen auf, in welchem man sich lediglich an das Geld des ius gentium d. h. ein bestimmtes Silbergewicht halten konnte, wie z. B. in dem Vertrage wegen Auswechselung der Gefangenen im ersten und zweiten Punischen Kriege bedungen wurde (Liv. 22, 23.) ut quae pars plus reciperet quam daret, argenti pondo bina et selibras in militem praestaret; und eben so auch die Summen der aufgelegten Kriegssteuern stets in Pfunden Silbers bestimmt wurden (Plin. H. N. 33, 15.). Erst allmählich, als der ausländische Verkehr auf die innern Zustände zurückwirkte, wird man auch hier bei dem so sehr gestiegenen Reichthum und der jetzigen Großartigkeit der Geschäfte das Bedürfniß gefühlt haben, nach Art der Griechischen

Talente, eine solche nach bloßem Silbergewicht bestimmte Geldrechnungsweise in Anwendung zu bringen. Daß man aber dabei von $2 \frac{1}{2}$ Pfund Silber als Grundeinheit ausging, hatte seinen Grund gewiß nicht in der Zufälligkeit, daß sestertius schon als ein Geldausdruck gebräuchlich war (dieses hätte umgekehrt wegen der leicht möglichen Verwechselung davon abhalten sollen), oder in der runden Summe von 1000 Sestertien, denen $2 \frac{1}{2}$ Pfund Silber entsprechen, sondern darin, daß 1000 Sestertien oder 4000 Asse nach dem damaligen Census das geringste Grundvermögen eines civis assiduus war (meine Verfassung des Serv. Tull. S. 665—669.). Eben weil bis dahin die Militär-Berechtigung und Verpflichtung reichte (Polyb. 6, 19.), setzte man in den Auswechselungsverträgen diese Summe für einen Soldaten fest (Liv. l. c.). In der früheren Kaiserzeit war sie aber überhaupt der geringste im Census aufgeführte und im Vermögenstributum besteuerte Vermögensbetrag, unter welchem wahrscheinlich nur noch ein festes Kopfgeld gezahlt wurde, und man nannte einen so Censierten, gleichsam den jetzigen capite census, dann aber auch sprüchwörtlich den ganz Armen sestertiarius homo[9]). Petron. 45. Glyco autem, sestertiarius homo, dispensatorem ad bestias dedit. Eben so einen nicht mehr werthen, schlechten Sclaven Petron. ib. Et revera, quid ille nobis boni fecit? Dedit gladiatores sestertiarios, iam decrepitos, quos si sufflasses, cecidissent. Als in Behördenverhandlungen üblicher Ausdruck kommt er auch in den Tironischen Noten (p. 67.) vor. Die beiden Staatsbestandtheile homo und fundus entsprechen aber einander nach Römischer Ansicht (Gai. 3, 124. si vinum vel frumentum, et si fundum vel hominem stipulemur. 3, 141. fundum acceperim et pretii

---

9) Wie z. B. der mit 100,000 HS. centenarius hieß. In meiner Schrift über den Census und die Steuerverfassung der früheren Kaiserzeit war ich auf den Ausdruck sestertiarius und diesen ganzen Zusammenhang noch nicht aufmerksam geworden. Er bestätigt wieder das Entwickelungsgesetz, daß Summen des alten Rechts in Assen jetzt als zehnfacher Betrag in Sestertien erscheinen; denn wie ich in der Verfassung des Serv. Tull. wahrscheinlich gemacht habe, reichte der Servianische Census bis zu 100 Assen herab. Man kann nun aber auch über den ursprünglichen Betrag des Kopfgeldes in der Kaiserzeit eine Vermuthung wagen. Denn wenn die Vermögenssteuer ex centesima nur bis zu einem nutzbaren Vermögen von 1000 Sestertien herabreichte und in diesen oder darunter nur noch der Kopf d. h. die Arbeitskräfte des Menschen besteuert wurden, so mußte das Kopfgeld eines Mannes 10, eines Weibes 5 Sestertien betragen, was auch nicht unangemessen erscheint.

nomine hominem dederim). Tausend Sestertien war daher auch der Censuswerth eines Jugerum (Ueber den Census der Kaiserzeit S. 99.) und ohne Zweifel deshalb der geringste Vermögenssatz eines assiduus, weil alle assidui zugleich Grundeigenthümer sein mußten und ein Juchert Landes die Grundeinheit des Bodens für den Census war. Daher finden wir auch bei Liv. 42, 34. einen armen, aber sehr tapfern Soldaten, Sp. Ligustinus aus der Tribus Crustumina, der nur ein Juchert Landes als väterliches Erbgut besaß [10]).

Der Ausdruck sestertium ist nun von duapondo et selibra argenti allerdings darin verschieden, daß er einen bestimmten Bezug auf den Römischen Census und das Römische Geldsystem hat und daß man ihn von Silber nicht gebrauchen würde, wenn es nicht als Werthmesser der Dinge gedacht wird (vgl. Gronov. l. c. 1, 11.). Immer aber bezeichnet er doch nicht das Geld als Münzen, sondern als Gewicht, mithin nur die materielle Seite des Geldes, während mile sestertii nummi die wirklichen Münzen, das Geld in formeller Gestalt selbst bedeutet. Daher sagt Juvenal 4, 15. mullum sex milibus (sc. nummum sestertium) emit Aequantem sane paribus sestertia libris; „er kauft den Fisch für 6000 Sestertien, der allerdings auch in der gleichen Zahl der Pfunde den in jenem Kaufpreise liegenden sestertia gleichkommt", mit anderen Worten: 15 Pfund wiegt.

---

[10]) Als gegen Ende der Republik immer mehr auch 100,000 Sestertien oder ein großes sestertium, nämlich $2\frac{1}{2}$ pondus centenarum librarum, wieder eine Grundeinheit des Census wurden (Ueber den Census der Kaiserzeit S. 93 flg.), entstand noch eine andere Bedeutung des sestertium in der Zusammensetzung mit dem Numerale decies, undecies u. s. w. aufsteigend. Dieses war also auch ein, aber nicht das alte kleine Gewicht Silber (wie Gronov annimmt), und man behielt dabei nur auch den Begriff einer Censuseinheit fest, der in sestertium lag. Der grammatische Ursprung dieses —ies sestertium ist aber am natürlichsten daraus zu erklären, daß die Lateinische Sprache nur bis zu 999999 Zahlwörter hatte; mußte man über die nongenta milia hinausgehen, so blieb nur die Bezeichnung decies centum milia über. Indem nun die centum milia in Anwendung auf Geld wieder ein sestertium von großem Gewicht, einem Centner Silber, und als solches eine Censuseinheit höherer Art waren, so substituierte man sestertium dem schleppenden centum milia sestertium nummum, zumal da die Zusammensetzung decies sestertium dieses von dem gewöhnlichen sestertium scharf unterschied. — Gronovs Erklärung, daß man dabei centies als ausgelassen denken müsse, steht entgegen, daß decies centies eher 110mal, als 10mal hundert heißt. Daß aber die Römer auch beim Gelde nach Centnergewicht rechneten, hat er für eine andere spätere Anwendung selbst bemerkt, p. 362.

Es blieb also doch ein sehr wesentlicher Unterschied zwischen sestertium und mile sestertii nummi. Wer jenes stipuliert hatte, dem konnte freilich auch in 1000 Sestertien, da sie das Gewicht von $2\frac{1}{2}$ Pfund Silber hatten, aber eben so gut auch in anderem, wenn nur zum Gelde präparierten Silber dieses Gewichts, also z. B. in ausländischen Münzen gezahlt werden. Wer aber 1000 Sestertien aus irgend welchem strictum negotium zu fordern hatte, dem würde mit $2\frac{1}{2}$ Pfund Silbergeld aliud pro alio entrichtet worden sein. Auch erzeugte nur die letztere Forderung eine certi condictio mit Executionsstrenge (Lex Rubr. Col. II. init.); der Schuldner des sestertium war ein solcher, a quo quid praeter pecuniam certam creditam signatam forma p. p. R. petebatur. Daß dagegen in b. f. negotiis dieser Unterschied nicht beachtet wurde, weil man hier nur Silbergeld überhaupt verstand, ist der Natur der b. f. und des ius gentium gemäß und darf auch wohl aus 3, 161 geschlossen werden, wo sestertia centum und centum milia als Kaufgeld synonym vorkommen.

Zu Justinians Zeit war aber in Folge der seit Constantin vorgenommenen Münzänderungen auch das Pfund Goldes und Silbers wirkliches Römisches Geld, mithin das Geld auch iure civili zugleich pecunia numerata und ponderata geworden. So konnte man damals die Stelle des Gaius nicht anders verstehen, als wenn damit gesagt wäre, die bloße Verschiedenheit der Summe in Frage und Antwort mache die ganze Stipulation nichtig, während doch Gaius es darauf angekommen war, ein Beispiel völlig — in Qualität und Quantität — incongruenter Antwort aufzustellen.

Man setzt gewöhnlich sestertii und die Zahl den nummi voran; doch kommt auch das Umgekehrte vor, z. B. Cic. pro Rabir. Post. 17. Ecquis est, qui bona Rabirii nummo sestertio sibi addici velit? Vitruv. 1, 4 fin. nummoque sestertio singulis municipibus mancipio dedit (umgekehrt sestertio nummo bei Liv. ep. 55. auf Inschriften und sonst oft). Hier hat Gaius nummorum vorangestellt, weil darauf im Gegensatz zu den sestertia der Nachdruck liegt.

III, 109.

sed in his pupillis per utilitatem benignior iuris interpretatio facta est.

Diese Lesart ist sicher falsch, weil in his pupillis nach dem Zusammenhange nur auf huius aetatis pupilli, d. h. den *infans* und infantiae proximus bezogen werden kann, welche beide aber keineswegs

benigniore iuris interpretatione so angesehen werden, als hätten sie schon intellectum. Außerdem deutet aber auch per utilitatem statt des allein zulässigen propter utilitatem auf einen Fehler des Textes hin. Man denke sich nun, daß in einem ältern Codex hinter in his pupillis und vor per utilitatem, welches dort p̄ utilitatem geschrieben war, noch Folgendes gestanden, was gerade eine Zeile schloß: qui infantiae proximi sunt p̄, unser Abschreiber aber das zweite p mit dem ersten verwechselt und sogleich bei dem zweiten, das er irrig per auflöste, weiter geschrieben habe, so erhalten wir folgenden ganz befriedigenden Text:

sed in his pupillis (*qui infantiae proximi sunt*) *p̄*p̄ (propter) utilitatem benignior iuris interpretatio facta est.

III, 110.

Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium athibere, qui idem stipuletur, quem vulgo adstipulatorem vocamus.

Dieses tamen steht ganz beziehungslos und niemals beginnt Gaius auf diese Weise einen neuen Abschnitt. Ich bezweifle daher nicht, daß hier ein Vordersatz ausgefallen ist, was der Abschreiber durch die unmittelbar vorher leer gelassene Zeile selbst anzeigen wollte, und ergänze diesen mit folgendem Gedanken:

Quanquam vero, ut diximus, alius, qui iuri nostro subiectus non est, inutiliter nobis stipulatur, possumus tamen etc.

Auf diese Weise knüpfte Gaius den Abschnitt vom adstipulator ganz passend an den von den inutiles stipulationes an.

III, 117.

atstipulatorem vero fere tunc solum athibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur: (*quod*) stipulando nihil agimus. athibetur autem adstipulator, ut is post mortem nostram agat: qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi **** tenetur.

Dieser Text entspricht besonders in dem autem weder dem Styl des Gaius, noch überhaupt dem auszudrückenden Gedanken. Da nun in der Handschrift statt autem adstipulator nur āt.stipulator steht, so ist vielmehr zu lesen: quod stipulando (*quia* oder *c'* = *cum*) nihil agimus, athibetur atstipulator, ut is u. s. w. Diese Satzverbindung befriedigt vollständig.

Ueber die adstipulatio ist mit Hinsicht auf das, was nachher über

die Adpromissionen ausgeführt werden soll, Einiges im Allgemeinen zu bemerken, da ihre Natur noch nicht richtig erkannt zu sein scheint*).

Die adstipulatio ist auf Seiten des Gläubigers genau das, was die persönliche Bürgschaft, d. h. die sponsio und adpromissio auf Seiten des Schuldners: eine blos accessorische Verbindlichmachung oder Verpflichtung des Schuldners zu demselben, was er einem Andern versprochen hat, Seitens eines zugezogenen Dritten, ohne ein eigenes objectives Forderungsinteresse desselben oder, wie die Römer sagten, ohne selbst reus zu werden. Fest. v. Reus stipulando est idem, qui stipulator dicitur, quippe suo nomine ab altero quid stipulatus est, non is, qui alteri adstipulatur. Reus promittendo est, qui suo nomine alteri quid promisit, non qui pro altero quid promisit**). Da nämlich reus dictus est a re (Paul. ex Fest. s. v.), so bezeichnet es nur einen solchen Forderungsberechtigten oder Verpflichteten, für den das Forderungs- resp. Schuldverhältniß zugleich nach seinem realen Inhalt eintritt. Dieses ist beim Adstipulator nicht der Fall, weil er ein Forderungsrecht in Beziehung auf dasselbe Object nur im Interesse des Stipulator, nur ut agat, erhalten soll. Er unterscheidet sich daher einerseits vom solutionis causa adiectus dadurch, daß dieser selbst gar kein Forderungsrecht hat, sondern nur auch an ihn gültig gezahlt werden kann, andererseits von einem zweiten reus stipulandi dadurch, daß dieser für denselben Gegenstand auch dem Inhalt nach berechtigt und also reicher wird und nur die Möglichkeit eintritt, daß er keinen objectiven Vermögensvortheil von dem Forderungsrecht erlangt, weil der andere reus ihm in der Geltendmachung zuvorkommt.

Um nun ein solches Verhältniß zu erzeugen, muß stets eine Hauptstipulation zum Grunde liegen, wobei ohne Zweifel nichts darauf ankam, ob sie voranging, was natürlich die Regel war (3, 112. 113.), oder nachfolgte: 3, 110. possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipulatur (eine Ausdrucksweise, die beide Fälle umfaßt; vgl. übrigens auch die Analogie der Bürgschaft L. 35.

---

*) Verhältnißmäßig am besten handelt davon E. I. Bekker die process. Consumtion S. 167. 187.

**) Die Handschr. hat non nicht. Dürfte man eine ganz genau richtige Ausdrucksweise bei dem Verfasser der Stelle voraussetzen, so würde zu lesen sein quive oder vel statt qui. Er hätte dann mit diesem zweiten Satze den fideiussor bezeichnet, als welcher allein unter den Bürgen pro altero promittit und auch reus ist. S. zu 3, 119.

D. de iudic. (5, 1.) L. 6. §. 1. L. 47. §. 1. D. de fideiuss. 46, 1.). Und zwar muß auf diese Hauptstipulation auch schon eine entsprechende Antwort des Schuldners erfolgt sein, weil sonst noch keine obligatorische fremde res vorläge, worauf sich die accessorische Stipulation des Adstipulator beziehen könnte, und durch eine einmalige Antwort des Promissor auf die Stipulationen Mehrerer wegen desselben Gegenstandes vielmehr eine active Correalobligation erzeugt werden würde (pr. J. de duob. reis 3, 17.). Es kann aber auch nur eine Hauptstipulation, nicht auch eine andere Contractsart der Adstipulation zur Grundlage dienen, weil durch Hinzutreten zu einer andern die Adstipulation sich nicht als eine accessorische Verbindlichmachung darstellen, sondern mit ihrer selbständigen Form auch eine dem Inhalt nach für sich bestehende Hauptobligation herbeiführen würde. Wiederum ist auch nur die verborum obligatio zu einer solchen accessorischen Verbindlichmachung ohne eigenen Vermögensinhalt tauglich, weil sie allein unter allen Contracten die verpflichtende Kraft in der bloßen Form — der in den verba liegenden Fiction einer obligierenden Hingabe — trägt. Uebrigens ist es gleichgültig, ob der Adstipulator sich derselben oder anderer Worte bedient, wie der Stipulator, eben weil nur der Verbalcontract überhaupt — in accessorischer und Hauptstipulation — die Gültigkeit des Geschäfts bedingt. Wenn hier Gaius 3, 112. gerade die Fragen dari spondes? idem fide tua promittis? idem fideiubes? als Beispiele gleichgültiger Abweichungen in den Worten anführt, so geschieht dieses offenbar, um anzudeuten, man solle nicht meinen, daß es nach Verschiedenheit der gebrauchten Worte eben so auf Seiten des Gläubigers drei Arten der Adstipulation mit verschiedenem Recht gebe, wie jene Worte auf Seiten des Schuldners drei verschiedene Arten von Adpromission bewirken. Der Grund des Unterschiedes ist auch offenbar. Auf der activen Seite liegt das Interesse dieser accessorischen Obligation nur darin, ein wirksames Recht zur Durchsetzung eines obligatorischen Interesses durch eine andere Person zu erlangen, wobei Umfang und Art jenes Interesses ganz gleichgültig sind; auf der passiven Seite läßt man aber Andere neben dem Hauptschuldner sich verpflichten, ut diligentius nobis cautum sit (3, 117.) — dabei sind Art und Umfang dieser Nebenverpflichtung von der größten Bedeutung.

Zur Gültigkeit der Adstipulation gehört aber endlich noch, daß der Adstipulator idem, nicht irgend ein aliud, und daß er nicht plus stipuliere, wogegen ein minus gültig adstipuliert werden kann (3, 113): alles dieses eben so und aus denselben Gründen, wie bei der Adpro-

mission. Eben weil aber die Adstipulation nur eine accessorische Verbindlichmachung durch eine hinzutretende Person ohne einen neuen eigenen Inhalt der Obligation bezweckt, ist es auch gleichgültig, ob die Hauptstipulation für den Stipulator selbst gilt, sofern nur der Grund der Ungültigkeit weder in der Form der Stipulation liegt, wodurch sie untauglich würde, der Adstipulation zur formellen Grundlage zu dienen (z. B. wenn der Stipulator einen Sclaven ohne Peculium oder einen Peregrinen mit spondeo verpflichtet hätte), noch auch dergestalt in materiellen Erforderniſſen, daß auch der Adstipulator selbständig so ungültig stipulieren würde (z. B. eine res sacra, unter einer unmöglichen Bedingung u. s. w.). Ein solcher Grund ist aber der, wegen dessen gerade nach unserem §. die Adstipulation von großer praktischer Wichtigkeit war: wenn der Stipulator etwas für die Zeit nach seinem Tode ausbedingen wollte; denn er selbst stipulierte dieses ungültig, der Adstipulator aber als idem (also post mortem stipulatoris) gültig. Inwiefern übrigens dieser Fall wirklich die wichtigste Anwendung der Adstipulation gebildet habe, werden wir zu 3, 215. untersuchen.

Die Natur der Adstipulation besteht nun hinsichtlich ihrer Wirkung darin, daß sie dem Adstipulator ein volles obligatorisches Recht mit Klage, aber nur auf Grund eines fremden Vermögensinteresses verleiht. Es ist nach seiner formellen Seite dem Recht aus einer Stipulation ex causa nulla, z. B. wegen eines zurückzugebenden Darlehns, wenn man dem Promissor wirklich kein Geld gegeben hat, ähnlich; aber während diese nur eine formelle, materiell ungültige und durch doli exceptio zu entkräftende Obligation und Klage erzeugt, besteht die Obligation des Adstipulator auf Grund der wirklich vorhandenen causa rei alienae zu vollem Recht. Ihm kann gültig gezahlt, von ihm gültig acceptiliert, geklagt (3, 111. 215.) und in jeder andern Art auf die Obligation eingewirkt werden. Die res ist ihm aber eine völlig fremde, er selbst kein reus (Fest. l. c.). Nicht nur also, daß er das Erlangte an den Stipulator oder dessen Erben herausgeben muß und ihm deshalb mit der Mandatsklage haftet (3, 111. 117. 215) — was auch bei jedem andern Mandatsverhältnisse der Fall sein würde — die Obligation bildet auch keinen Theil seines Vermögens, weshalb sie nicht auf den Erben übergeht (3, 114.); und da die personae alieni iuris nur wie die selbst, welchen sie unterworfen sind, und in deren Interesse ihnen durch Stipulation erwerben können, so geht auch, wenn solche adstipulieren, das nur im Interesse des Stipulators erworbene Recht der Obligation nicht auf den Vater, Herrn oder Inhaber

der Manus oder des Mancipium über. Ist der Abstipulator ein Sclav oder ein (diesem privatrechtlich gleichstehender) Mancipatus, so ist die Abstipulation überhaupt ungültig, weil solche überhaupt, also auch als ministri alienae obligationis gedacht kein Privatrecht haben können. Ist er aber ein Filius- oder Filiafamilias oder eine Frau in der Manus, so gilt zwar die Abstipulation, da alle diese jetzt schon privatrechtsfähige Personen sind, aber doch nur so, wie sie auch im Uebrigen in der Familie berechtigt sind, d. h. ohne daß sie, so lange die Unterwerfung dauert, deren Rechte ausüben können: sie können also so lange weder klagen (was Gaius 3, 114. als die hauptsächlichste Art der Rechtsausübung allein anführt) noch sonst wie über die Obligation verfügen, erlangen diese Rechte aber, sobald sie aus dem fremden Rechte treten, wenn nur ohne capitis deminutio, weil diese wie alle Privatrechte, so auch das aus der Abstipulation vernichten würde. Ferner zerstört der Abstipulator durch fraudulose Acceptilation ein fremdes Vermögensrecht und haftet daher wegen Schadenszufügung (3, 215.). Die Klage konnte er ohne Zweifel stets nur als actio ex stipulatu mit der Demonstration z. B. Quod Lucius Titius post mortem suam a N. N. X milia dari (oder in anderen Fällen incertum) stipulatus est, quo nomine Aulus Agerius adstipulator est (vgl. 4, 137.) anstellen, weil er nur auf das fremde obligatorische Interesse gestützt selbst einen Anspruch in der intentio behaupten konnte; auch mußte selbst der Erbe des post mortem suam dari stipulatus das Recht der Zahlungsannahme, der Compensation, des Pactum dergestalt haben, daß dadurch gegen die Klage des Abstipulators eine Exceptio entstand.

III, 119.

Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum; quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, veluti si aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. at illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur.

Zu einer ausschließlichen Alternativität, wie sie das doppelte aut in aut pupillus.... aut quilibet ausspricht, ist im Gedanken kein Grund vorhanden. Die hier unsichern Zeichen der Handschrift werden daher so zu lesen sein: *ūū ſi fēā ā* (*velut si femina aut*) pupillus: um so mehr, als die Auslassung der Frau hier befremden müßte.

Was die Sache betrifft, so hat alle Bürgschaft den eigenthümlichen Zweck besserer Caution (3, 117), d. h. sie tritt nicht wegen eines neuen besonderen obligatorischen Interesses ein, sondern will nur bewirken, daß der Gläubiger wegen der Hauptschuld gesicherter sei, indem er deshalb auch einen Andern in Anspruch nehmen kann. Sie ist daher, wie das Pfand, rein accessorischer Natur und geht wesentlich auf idem. Verpflichtet sich der Bürge auf aliud oder in duriorem causam, z. B. der Quantität nach auf mehr, so ist sein ganzes Versprechen ipso iure nichtig (nicht etwa blos für den Betrag der Hauptschuld gültig), weil es dem Cautionszweck zuwiderläuft (Gai. 3, 126. L. 8. §. 7. D. de fidei. 46, 1.). Auf ein minus oder auf leichtere Art kann sich dagegen der Bürge verpflichten, da hiermit kein neues obligatorisches Interesse eingeführt wird. Im Übrigen sind nun aber die sponsio und fidepromissio persönliche Bürgschaften, die fideiussio eine sächliche, und zwar in dem Sinne, daß der Bürge dort nur auf Grund des fremden Schuldinteresses seine Person zu demselben, was der Hauptschuldner versprochen hat, verbindlich macht, hier dagegen die fremde Verbindlichkeit auch objectiv auf sich und sein Vermögen übernimmt, also — wie wir den Sprachgebrauch zu 3, 117. erläutert haben — der Fidejussor zugleich eine Art von mittelbarem reus wird (rei locum obtinet, loco rei est, sagt Ulpian von ihm L. 4. §. 1. L. 27. §. 4. D. de fidei. 46, 1.), der Sponsor und Fidepromissor aber nicht. Die Möglichkeit dieses Unterschiedes liegt nämlich in der doppelten Seite der Obligation, daß sie die Person verpflichtet, aber wegen eines vermögensrechtlichen Interesses, z. B. wegen eines wirklichen oder fingierten sächlichen Empfangs aus des Gläubigers Vermögen. Wenn nun eine ursprüngliche oder selbständige Verpflichtung geschieht, so sind beide Seiten nothwendig mit einander verbunden. Verpflichtet sich aber Jemand accessorisch auf dasselbe, so kann er dieses theils so meinen, daß er nur persönlich unter denselben Obligationsgrund treten, theils so, daß er auch das sächliche obligatorische Interesse als zugleich bei sich eingetreten ansehen wolle. Die Realisierbarkeit des Unterschiedes ist auch hier nur durch die verborum obligatio gegeben, welche allein unter allen Contracten den sächlich obligatorischen Grund fingiert in den verpflichtenden Worten selbst trägt und es damit in die Gewalt der Contrahenten stellt, solche Worte zu wählen, welche die blos persönliche, oder solche, welche die zugleich reale Übernahme der Verpflichtung ausdrücken. Geschah aber das erstere, so war dieses auch nur unter der Voraussetzung möglich, daß der Hauptverpflichtete selbst verbis obligiert worden

war;*) denn hier muß die Hauptobligation, zu der man als idem schuldig hinzutreten will, blos als persönliche angesehen werden, weil das idem für den Bürgen nur eine persönliche Verpflichtung bezeichnen soll; eine solche Auffassung gestattet aber nur die verborum obligatio, als die einzige, welche den obligatorischen Grund nur in den Worten, diesem persönlichen Act, unabhängig von einer im Übrigen materiell sie tragenden res enthält. Daraus folgt weiter, daß hier auch nur das in die Stipulationsworte gefaßte Object als solches, also das initium obligationis oder die obligatio in dem Sinne von Verbindlichmachung als das, dessen idem der Bürge verspricht, angesehen werden kann, und wenn die Einfassung in die Stipulationsworte nicht gültig geschehen, auch kein gültiges idem vorhanden ist, wogegen auf das Product, die Verbindlichkeit, nichts ankommt. Wenn dagegen eine reale Übernahme der Verpflichtung zum idem geschehen sollte, so mußte umgekehrt eine reale Hauptverpflichtung bestehen, das idem ging hier also auf die Verbindlichkeit, das Product der Verbindlichmachung, wogegen auch wieder die letztere selbst gleichgültig war.

Es ist nun zu untersuchen, wie denn gerade die sponsio und fidepromissio persönliche Bürgschaften, die fideiussio eine sächliche ausdrückten. Natürlich mußte dieses in den Worten selbst liegen, nicht wurden umgekehrt die Worte willkührlich für die eine oder andere Art der accessorischen Verpflichtung bestimmt.

In der That enthält nun eine persönliche Verbürgung zunächst und vor Allem die Form idem dari spondesne? spondeo, weil dieser Ausdruck sogar eine rein persönliche Selbstbestimmung bezeichnet, die selbst das Object der Person noch blos nach ihrer innern substantialen und darum auch civilrechtlichen Seite, nicht nach ihren für den sächlichen Verkehr bestimmten äußeren Organen auffaßt.[11] Deshalb sagt man auch spondere animum, fidem (Varr. de L. L. 6, 5. §. 71. Ovid. Met. 10, 395.); spondere wird auch und zunächst von Ver-

---

*) Die im Recht des Nexum geäußerte Ansicht, daß die Lex Publilia die sponsio auch für nexa zulässig erklärt habe, nehme ich zurück. Man muß sich überhaupt denken, daß im alten Rom zwei Arten gesicherter Darlehne eingegangen zu werden pflegten: durch nexum meist mit Realcredit (durch fiducia) und durch Stipulation mit dafür eintretenden Sponsoren oder Fidepromissoren.

[11]) Zeitschrift f. gesch. RW. Bd. 10. S. 326 flg. Recht des Nexum. S. 101.

pflichtungen gebraucht, deren Inhalt nur etwas Persönliches ist, wie bei den Sponsalien, bei der Staatsverpflichtung sowohl der Bürger unter einander, z. B. zur Aufrechthaltung eines Gesetzes (L. 1. D. de legib. 1, 3.), als gegen einen anderen Staat (Gai. 3, 94. Auson. ep. 10, 11.), und von jeder Gesammtgewähr einer für Persönliches, namentlich Religiöses verbundenen Genossenschaft (z. B. SC. de Bacch. 13. Fest. v. consponsos. Apulei. Met. 5.). Deshalb ist spondere mehr als promittere (Senec. ep. 19. Iam non promittunt de te, sed spondent, vgl. Cic. Phil. 5, 18.); deshalb wird bei dieser Verbürgungsart dari noch besonders hinzugefügt (3, 116. 112.), weil das Wort spondere an sich nur die subjectiv = objective Selbstbestimmung der Person bezeichnet, und umgekehrt fide nach dem streng juristischen Sprachgebrauch [11*]) noch nicht hinzugefügt; denn obgleich dieses überhaupt ein Bürgschaftswort ist, um als Zweck dieses Geschäfts die bloße Erhöhung des Vertrauens im sächlichen Verkehr — hier wegen der Hauptverpflichtung durch den Zutritt des Bürgen — zu bezeichnen, so liegt das spondere doch noch über der fides und verpflichtet diese selbst, nicht kann man eigentlich durch sie spondieren. Eine persönliche Verpflichtung enthält aber zweitens auch noch die Form idem fide (tua) promittisne? fidepromitto. Denn fides bezieht sich auf Treue und Glauben im Handel und Wandel, also in den Äußerungen der Person, und promittere (sc. manum) bezeichnet eigentlich ein Gefangengeben der Hand, des Organs des persönlichen Handelns. Ist diese Form also auch nicht mehr iuris civilis proprii, weil nur das absolute Selbstbestimmen der Person dem Römischen Volke eigenthümlich war, so drückt sie doch auch noch eine persönliche Verbindlichmachung, nur nicht der Person in ihrem Innern, sondern in ihren Gliedern, ihrem Handeln gegen Andere aus. Auch trägt sie insofern einen wenigstens nationalen (Latinischen) Charakter, als eben nur dieses Lateinische Wort eine solche mittelbar persönliche Verbürgung ausspricht [12]). — Die Form idem fide (tua esse) iubesne? fideiubeo spricht dagegen eine Verpflichtung als Selbstschuldner für den Andern aus, indem iubere eine potestas iubentis voraussetzt, wie sie der

---

[11*]) Sonst kommt es als Ueberfluß wohl vor. Plin. ep. 1, 14. At ego mea fide spondeo, futurum. Fronto ad M. Caes. 2, 11. Interim Gratiae meae nullum a fame periculum fore, fide mea spopondi.

[12]) Doch ist ganz ähnlich ἐγγυᾶσθαι von γυῖα, äußere Glieder. Vgl. auch das ähnliche hebräische Recht. Prov. 6, 1—5. 17, 18.

Person in sich nur hinsichtlich ihres Vermögens zusteht, und daher auch dem idem und dessen Urbilde, der fremden Verpflichtung, einen sächlichen Charakter beilegt. Das fide kann daher hier auch nicht den Credit der sich verpflichtenden Person als solcher, sondern nur den des Vermögens, auf welches man die Verbindlichkeit übernimmt, bezeichnen.

Die Aufeinanderfolge sponsio, fidepromissio, fideiussio bei Gaius [12*]) ist aber auch nicht zufällig; in ihr sind diese verschiedenen Bürgschaftsarten allmählich hervorgetreten. In den ersten beiden Perioden des Römischen Volks war die persönliche Seite der Obligation und das initium obligationis überhaupt noch die vorherrschende, wie man z. B. daraus sieht, daß sie damals in der Entstehung überwiegend formell, in der Durchsetzung noch lediglich auf die ductio debitoris gerichtet war. Naturgemäß verpflichtete sich also damals auch der Bürge noch persönlich. Erst gegen den Anfang der dritten Periode und besonders mit dem Aufkommen des prätorischen Rechts trat bei allen Rechten ihr Inhalt und so auch bei den Obligationen die Verbindlichkeit mehr hervor und wurde auch das Vermögen selbständig Object der Execution. Erst damals konnte also auch das fideiubere üblich werden, und man kann in gewisser Hinsicht sagen, daß es sich zu den persönlichen Verbürgungen ähnlich verhielt, wie das Verfahren per formulas zu den Legis-Actionen. Denn wie durch die Formeln das Recht ohne Weiteres klagbar gemacht wurde, so konnte man nun für jede Obligation sofort Bürgen erhalten, ohne sie erst, wie bisher, in eine verborum obligatio verwandeln zu müssen. Lange Zeit wird man sich zur fideiussio, die nicht wie die sponsio und fidepromissio durch Gesetze gemildert war, nur im Nothfall verstanden, und namentlich wird der Prätor für erzwingbare Satisdationen (außer in Processen mit Fremden) nur Sponsoren verlangt haben. Weil aber in der Verbindlichkeit das naturale Element der Obligation liegt (denn nur in der Verbindlichmachung liegt der Grund der Verschiedenheit von naturalis und civilis obligatio), so ist eben damit die fideiussio auch allgemein iuris gentium und kann in jeder Sprache und mit allen Worten, welche nur eine selbständige accessorische Übernahme fremder Obligationen ausdrücken, eingegangen werden (§. 7. J. de fideiuss.

[12*]) Paul. Sent. 1, 9. §. 5. und Tit. 20. kehrt die Ordnung um — nach der damaligen praktischen Bedeutung dieser Bürgschaftsformen.

(3, 21.) L. 8. pr. D. eod. L. 12. C. eod. Gai. 3, 116.). Eben daher konnte sie sich im Griechischen Osten erhalten, während sponsio und fidepromissio mit der Lateinischen Sprache untergingen, und wurde sie überhaupt die herrschende Bürgschaftsform der Kaiserzeit. Sponsio und fidepromissio standen aber unter einander wieder in einem ähnlichen Verhältniß, wie z. B. bei der Ehe confarreatio und coemtio. Der Satz der 12 Tafeln, daß die Obligationen unter den Erben ipso iure getheilt sein sollten, während sie früher ihnen noch in solidum zustanden, zeigt den Übergang von einer absolut persönlichen und darum untheilbaren Natur der Obligation zur persönlich-sächlichen. Bei Plaut. Menaechm. V, 4, 6. sagt ein zu einem kranken Sclaven zugezogener Arzt: Sanum futurum mea ego id promitto fide. Dürfte man hierin eine Anspielung auf die beim Verkauf eines Sclaven übliche Art der Stipulation sanum esse servum erblicken, so würde die Stelle zur Bestätigung der Annahme dienen, daß das fidepromittere den per aes et libram gestis coätan und homogen gewesen sei, daß der Käufer, wie er die res mancipi durch Ergreifung mit der Hand erwarb, so auch den Verkäufer durch Ergreifung seiner dargereichten Hand wegen der physischen Tauglichkeit der Sache verbis verpflichtete, wozu denn in ähnlicher Weise auch Bürgen verpflichtet werden konnten.

Wenn nun also ein Bürge zu einer verborum obligatio mit der Verpflichtung idem spondesne? spondeo hinzutrat, so war die Bedeutung: Zu demselben, wozu sich der Hauptschuldner verbindlich gemacht hat, verwillige ich auch mich. Hier mußte also das Principale nur als persönliche, formelle Verbindlich m a ch u n g Bestand haben, damit die Bürgschaftsobligation gültig hinzutreten konnte: auf eine Verbindlich k e i t des Hauptschuldners kam nichts an. Namentlich haftete daher der Sponsor oder Fidepromissor, wenn der principale Promissor eine Frau oder ein Pupill war und ohne Vollwort des Tutor, oder wenn irgend Jemand nach seinem Tode zu geben versprochen hatte; denn auch im letzten Falle war das Versprechen des Bürgen als post mortem alienam geleistet nicht ungültig. Wenn freilich der Grund der Ungültigkeit des Hauptversprechens ein solcher war, der auch die Bürgschaftsobligation, diese ganz selbständig betrachtet, ungültig machte, z. B. es war ein freier Mensch, oder eine heilige Sache versprochen worden, so versteht es sich von selbst, daß auch der Bürge nicht haftete. Doch kann gerade die sponsio, wenn sie wieder für eine sponsio eingegangen wird, auch gültig sein, obgleich sie die Leistung einer Per-

sion zum Inhalt hat; denn diesen Inhalt kann sie nach ihrer oben auseinandergesetzten Natur haben: nur darf sie dann eben nicht als Obligation d. h. als eine sächliche Schuld aufgefaßt sein. L. 13. C. de fideiuss. (8, 41.) Pars ex epistola Gordiani A. ad Auxium. — Si Barsatorem latronem Lysanias decurio inventurum se spopondisset, aut exhibere cogendus est aut transmittendus ad Praefectum praetorio vel ad Praesidem provinciae. Aehnlich war nach altem Röm. Recht die Verpflichtung aus den Sponsalien nicht blos der Spondenten selbst, sondern auch der sponsores, die dafür nach Serv. ad Aen. 10, 79 (wo jedoch irrig auch einmal fideiussores eingemischt werden) gegeben zu werden pflegten, wovon bei Plaut. Trin. V, 2, 38. ein Beispiel vorkommt: LY. Hac lege filiam tuam sponden' mihi uxorem dari? CH. Spondeo. CA. Et ego spondeo idem hoc. Charmides nennt diesen Sponsor als solchen einen advocatus et arbiter in der Sache, und eine andere Wirkung, als in der Pflicht und Auctorität eines solchen lag, hatte auch gewiß diese Sponsio damals nicht mehr.

Der Zweifel, ob der Sponsor oder Fidepromissor für einen Sclaven oder Peregrinen, der spondiert hatte, sich gültig verpflichte, rührte daher, daß hier das Hauptversprechen auch formell nicht gültig geleistet zu sein schien. Denn ein Nicht=Römer hatte nicht die Macht, sich durch spondeo zu verpflichten (Zeitschr. Bd. 10. S. 324.). Vom Peregrinen hat dieses Gaius selbst 3, 93. 179. bemerkt. Was den Sclaven betrifft, so erwähnt auch der gelehrte Dichter Persius 5, 78., daß er durch die Freilassung das ius spondendi erhalte:

Verterit hunc dominus, momento turbinis exit
Marcus Dama. Papae! Marco spondente recusas
Credere tu nummos?

Auch widerspricht nicht, sondern dient zur Bestätigung folgende Stelle des Venuleius L. 12. §. 1. D. de duob. reis (45, 2.):

Si a Titio et pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero eadem decem, vel a servo: et quasi duos reos promittendi constitui, obligatumque Titium solum, Iulianus scribit. quanquam si servus spoponderit, in actione de peculio eadem observari debent, ac si liber fuisset.

Eben weil der Prätor die actio de peculio wegen des Contracts eines Sclaven in der intentio mit der Fiction gab: si Dama liber fuisset ex iure Quiritium, tum si dare eum oportere pareret, war

sie auch ex sponsu servi tenent [13]). Doch beriefen sich diejenigen, welche die Verpflichtung eines Sponsor oder Fidepromissor für einen Sclaven, der spondiert hatte, behaupteten, wohl eben darauf, daß auch der Prätor diese Stipulation als eine formell gültige in der actio de peculio anerkannt habe: wogegen für die Andern sprach, daß die Jurisprudenz dem Sponsus eines Peregrinen nicht die formelle Macht des Novierens zuerkannt hatte (3, 179.).

Beim Fidejussor hat die Verpflichtung idem fideiubeo den Sinn, daß er die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich in seinem Vermögen übernehme. Hier kommt es also nur darauf an, daß eine materielle, d. h. wenigstens natürlich gültige, Schuld des Hauptschuldners bestehe, und es ist umgekehrt ganz gleichgültig, wie sie entstanden sei.

Da aber der Sponsor und Fidepromissor nur ihre Person für das Versprochene obligieren, so vererbt sich ihre Verbindlichkeit nicht, wie alles Persönliche, wogegen die vom Fidejussor auf sein Vermögen persönlich selbständig übernommene Schuld mit diesem auf den Erben übergeht: quum rei locum obtineat, sagt Ulpian L. 4. §. 1. D. de fideiuss. (46, 1.). Die Andeutung in 3, 120, daß nach Particularrecht in peregrinischen Städten auch der Erbe des Fidepromissor obligiert sein könne, dürfte auf die Städte mit Latinischem Rechte gehen, die diesen Grundsatz mit dem alt Latinischen Landrecht überkommen hatten; denn wo sonst sollte sich zu Gaius Zeit die fidepromissio außerhalb der civitas Romana gefunden haben? Doch könnte er auch an das Griechische ἐγγυᾶσθαι gedacht haben (Anm. 12.), welcher Ausdruck in den oben angeführten Stellen sich nicht unter denen befindet, die eine fideiussio bewirken.

Ferner ist dem verschiedenen Rechte der Sponsoren und Fidejussoren auch entsprechend die verschiedene Fassung der praescriptio ea res agatur, cuius rei dies fuit, je nachdem ein Sponsor oder ein Fidejussor wegen eines Incertum belangt wird (Gai. 4, 137.). Dort heißt sie:

Ea res agatur, quod Aulus Agerius de Lucio Titio incertum stipulatus est, quo nomine Numerius Negidius sponsor est, cuius rei dies fuit.

---

[13]) Vgl. Keller über Litis Contestation, S. 427., der jedoch die Stelle des Venuleius ohne Rücksicht auf den Sponsus behandelt.

Hier:

Ea res agatur, quod Numerius Negidius pro Lucio Titio incertum fide sua esse iussit, cuius rei dies fuit.

Da die gewöhnliche praescriptio nichts weiter ist als die demonstratio mit voraufgeschicktem E. R. A. und folgendem cuius rei dies fuit (was ich Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 13. S. 330. nicht genugsam beachtet hatte), so dürfen wir aus dieser Stelle schließen, daß auch die diesen Präscriptionen nachfolgende Klagformel*) gegen den Sponsor (oder Fidepromissor) so lautete: Quod Aulus Agerius de Lucio Titio X milia (in andern Fällen incertum z. B. ex conductione) stipulatus est, quo nomine Numerius Negidius sponsor est, si paret ob eam rem N.um N.um A.o A.o X milia dare oportere etc. Gegen den Fidejussor aber: Quod N.us N.us pro Lucio Titio X milia (z. B. ex mutuo) fide sua esse iussit, si paret ob eam rem N.um N.um A.o A.o X milia dare oportere. Der Grund der verschiedenen Fassung ist schon zu 3, 117. angedeutet worden. Beim persönlichen Bürgen besteht das verpflichtende Rechts-

*) Wie ich sehe, ist auch Bekker processual. Consumt. S. 333. auf diese Einrichtung der Formeln gegen den Sponsor und Fidejussor gekommen, aber in der völlig unhaltbaren Weise, daß er meint, Gaius selbst führe in den Worten Quod A. A. ..... sponsor est und eben so nachher beim Fidejussor die demonstratio dieser Formeln an, bei welcher in ihnen eben so wie in der gegen den Hauptschuldner der Zusatz cuius rei dies fuit gemacht worden sei. Nichts kann klarer sein, als daß Gaius die praescriptio cuius rei dies fuit in der Klage gegen den Hauptschuldner und in der gegen die Bürgen einander entgegensetzt und sagt, daß sie dort in die Formel selbst an der Stelle der demonstratio gesetzt werde, zu der man nur modo cuius rei dies fuit hinzufüge, hier aber mit vorangeschicktem ea res agatur der ganzen Klagformel voraufgehe, so daß also z. B. die ganze Klage gegen den Sponsor mit praescriptio so lautete: J. E. Ea res agatur, quod A. A. de L. T. incertum stipulatus est, quo nomine N. N. sponsor est, cuius rei dies fuit. Quod A. A. de L. Titio incertum stipulatus est, quo nomine N. N. sponsor est, quidquid paret ob eam rem N. N. A. A. dare facere oportere eius iudex etc. Der Grund, weshalb man in der Klage gegen den Bürgen die praescriptio nicht eben so, wie in der gegen den Hauptschuldner, gleich der Formel selbst loco demonstrationis einfügte, ist, wie ich jetzt sehe, nur der einer dann nicht zu vermeidenden Zweideutigkeit. Hätte man nämlich gesagt: Quod A. A. de L. T. incertum stipulatus est, quo nomine N. N. sponsor est, modo cuius rei dies fuit, quidquid ob eam etc., so hätte man die Worte cuius rei dies fuit zunächst auf quo nomine N. N. sponsor est ziehen können, ja müssen, was denn den Sinn gegeben hätte: N. N. sei nur für den bereits fälligen Theil der Hauptschuld Sponsor geworden.

sie auch ex sponsu servi tenent [13]). Doch beriefen sich diejenigen, welche die Verpflichtung eines Sponsor oder Fidepromissor für einen Sclaven, der spondiert hatte, behaupteten, wohl eben darauf, daß auch der Prätor diese Stipulation als eine formell gültige in der actio de peculio anerkannt habe: wogegen für die Andern sprach, daß die Jurisprudenz dem Sponsus eines Peregrinen nicht die formelle Macht des Novierens zuerkannt hatte (3, 179.).

Beim Fidejussor hat die Verpflichtung idem fideiubeo den Sinn, daß er die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich in seinem Vermögen übernehme. Hier kommt es also nur darauf an, daß eine materielle, d. h. wenigstens natürlich gültige, Schuld des Hauptschuldners bestehe, und es ist umgekehrt ganz gleichgültig, wie sie entstanden sei.

Da aber der Sponsor und Fidepromissor nur ihre Person für das Versprochene obligieren, so vererbt sich ihre Verbindlichkeit nicht, wie alles Persönliche, wogegen die vom Fidejussor auf sein Vermögen persönlich selbständig übernommene Schuld mit diesem auf den Erben übergeht: quum rei locum obtineat, sagt Ulpian L. 4. §. 1. D. de fideiuss. (46, 1.). Die Andeutung in 3, 120, daß nach Particularrecht in peregrinischen Städten auch der Erbe des Fidepromissor obligiert sein könne, dürfte auf die Städte mit Latinischem Rechte gehen, die diesen Grundsatz mit dem alt Latinischen Landrecht überkommen hatten; denn wo sonst sollte sich zu Gaius Zeit die fidepromissio außerhalb der civitas Romana gefunden haben? Doch könnte er auch an das Griechische ἐγγυᾶσθαι gedacht haben (Anm. 12.), welcher Ausdruck in den oben angeführten Stellen sich nicht unter denen befindet, die eine fideiussio bewirken.

Ferner ist dem verschiedenen Rechte der Sponsoren und Fidejussoren auch entsprechend die verschiedene Fassung der praescriptio ea res agatur, cuius rei dies fuit, je nachdem ein Sponsor oder ein Fidejussor wegen eines Incertum belangt wird (Gai. 4, 137.). Dort heißt sie:

Ea res agatur, quod Aulus Agerius de Lucio Titio incertum stipulatus est, quo nomine Numerius Negidius sponsor est, cuius rei dies fuit.

---

[13]) Vgl. Keller über Litis Contestation, S. 427., der jedoch die Stelle des Venuleius ohne Rücksicht auf den Sponsus behandelt.

man wohl sagen, daß, wenn das benef. divisionis selbst den Fidejussoren gegeben sei, es auch den persönlichen Bürgen, so weit sie es noch bedurften, nicht verweigert werden dürfe (3, 121.).

Der Fidejussor konnte für seine Verpflichtung gültig wieder einen Fidejussor oder ein Pfand geben, L. 8. §. 12. D. de fidei. (46, 1.) L. 38. §. 5. D. de solut. (46, 3.). Der Sponsor konnte dieses ohne Zweifel nicht, so wenig als für Sponsalien oder Militärpflichtigkeit ein Pfand oder Fidejussor gegeben werden kann. Doch hat sich hierfür kein Quellenausspruch erhalten. Auch nützte das mit einem Fidejussor geschlossene pactum in rem dem Hauptschuldner oder den Confidejussoren, wenn dieses Absicht der Parteien war; denn der Fidejussor war ja in dem idem selbst, auch real schuldig. L. 25. §. 2. L. 26. D. de pact. (2, 14.). Beim Sponsor und Fidepromissor, welche die Hauptschuld nicht auch schuldig waren, konnte dieses so wenig gelten als bei einem ganz unbetheiligten Dritten, L. 23. D. eod. (wo ursprünglich ohne Zweifel von solchen Bürgen die Rede war): es sei denn, daß ein solcher in rem suam spondiert oder fidepromittiert hatte, weil er dann so gut wie ein reus war. L. 24. D. eod.

Erkennbar ist in unsern Quellen auch noch der Unterschied, daß, wenn der Sponsor oder Fidepromissor die vom Hauptschuldner versprochene Sache, ohne daß dieser in Mora war, vernichtete, oder wenn sie während seiner, des Bürgen, alleinigen Mora unterging, er ipso iure frei wurde und daher eine doli actio, oder wenn er in bloßem Verschulden war, eine utilis actio gegen ihn gegeben werden mußte:

L. 19. D. de dol. mal. (4, 3.) Papinian: Si fideiussor (statt sponsor vel fidepromissor) promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur.

L. 32. §. 5. D. de usur. (22, 1.) Marcian: Item si fideiussor (statt sponsor vel fidepromissor) solus moram fecerit, non tenetur, sicuti si Stichum promissum occiderit. sed utilis actio in hunc dabitur. Vgl. auch L. 38. §. 4. D. de solut. (46, 3.).

Wogegen ein Fidejussor in demselben Falle mit der ex stipulatu actio verhaftet blieb:

L. 95. §. 1. D. de solut. (46, 3.) Papinian: ..Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur. aliter quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecit: quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor,

quemadmodum tenebatur (l. tenebitur), si debitor sine herede decessisset (l. decessit).

L. 88. D. de verb. obl. (45, 1.) Paulus: Mora rei fideiussori quoque nocet. Sed si fideiussor servum obtulit et reus moram fecit, mortuo Sticho fideiussori succurrendum est. Sed si fideiussor hominem occiderit, reus liberatur; fideiussor autem ex stipulatione conveniri potest.

Die culpae praestatio, welche sich bei strictae obligationes dandi auf die in faciendo beschränkt, fließt nämlich aus dem Verhältniß der Person des Schuldners zu dem von ihr zu leistenden sächlichen Inhalt der Obligation. Diesen hat sie mit ihren Kräften zu decken, damit das Geschuldete geleistet werden könne; handelt sie hierin rechtswidrig, so erstreckt sich ihre Verpflichtung auch auf den dadurch dem Gläubiger verursachten Schaden. Aehnlich mit der Mora als einem Unrecht der Person des Schuldners hinsichtlich der Zeit der Zahlung des Objects der Obligation. Der Sponsor hat nun mit seiner Person keinen eigenen Obligationsinhalt zu decken und folglich auch gar keine Culpa zu prästieren. Tödtet er den geschuldeten Sclaven, so wird der Hauptschuldner durch den für ihn zufälligen Untergang der Sache frei und der Sponsor mit ihm, da er aus dem eigenen Inhalt seiner Obligation nicht haftet. Der Fidejussor ist dagegen das idem kraft seines selbständigen Versprechens auch in seinem Vermögen schuldig und folglich auch zur Prästation des Verschuldens verpflichtet. So haben wir hier ein Beispiel vor uns, daß durch blindes Verwandeln des Ausdrucks sponsor in fideiussor eine Antinomie in die Pandekten gekommen ist; und das um so gewisser, als Papinian in L. 19. cit. und L. 95. §. 1. cit. sich doch nicht selbst widersprochen haben kann.

Aus den Schlußworten der letzten Stelle dürfen wir schließen, daß auch in dem Falle ein verschiedenes Recht des Sponsor und Fidejussor galt, wenn der Hauptschuldner ohne Erben verstorben war. Der Sponsor, der die persönliche Seite der Hauptobligation übernommen hatte, wurde mit dem Wegfall derselben durch den völligen Untergang der Person des Hauptschuldners ipso iure frei (gewiß aber eine utilis actio gegen ihn gegeben); der Fidejussor blieb verpflichtet, da man nicht sagen konnte, daß hiermit die sächliche, naturale Seite der Hauptobligation untergegangen sei. Eben so mußte, wenn der Hauptschuldner eine capitis deminutio erlitt, auch gegen den Sponsor eine utilis actio restituiert werden, während der Fidejussor ipso iure obligiert blieb; denn (L. 60. D. de fidei. 46, 1. Scävola:) Ubicun-

que reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fideiussorem respondit. Dasselbe galt im Fall einer maior capitis deminutio, weil dann zwar das Edict wegen der Restitution nicht eintrat, aber doch eine utilis actio gegen die, an welche das Vermögen des verurtheilten Hauptschuldners fiel, gegeben wurde (L. 2. pr. D. de cap. min. 4, 5.). Die L. 1. 20. C. de fidei. (8, 41.), welche hier die fortdauernde Haftpflichtigkeit der Adpromissoren überhaupt aussprechen, fassen die directa actio gegen den Fidejussor und die utilis gegen den Sponsor zusammen. Wie aber, wenn das Vermögen an Niemand überging? Von einem solchen Falle spricht Papinian in

> L. 5. pr. D. ut legat. (36, 3.) Postquam heres ab hostibus captus est, conditio legati, cuius nomine proposita stipulatione cautum fuerat, extitit: fideiussores interim teneri negavi, quia neque ius neque persona esset, ad quam verba stipulationis dirigi possint.

Ich glaube, daß Papinian hier fideiussores vel sponsores (et fidepromissores), nicht blos sponsores, geschrieben hatte, so daß ius, das obligatorische Verhältniß, auf die Fidejussoren, persona auf die Sponsoren sich bezog. In diesem Falle war nämlich durch die maxima capitis deminutio sowohl das objective Schuldverhältniß, worauf das idem der fideiussio, als die promittierende Person des Hauptschuldners, worauf das idem der sponsio sich bezog, einstweilen untergegangen, so daß die stipulatio, aus der der Gläubiger klagen mußte, im einen und andern Falle kein Object hatte. Erst das Recht des Postliminium oder die fictio legis Corneliae verhalf beiden Arten der Bürgschaft wieder zu Kräften. Der Fall steht auch keineswegs dem des ohne Erben verstorbenen Hauptschuldners gleich. Denn hier fiel das Vermögen an das Aerar mit Uebergang der Schulden oder der Gläubiger konnte durch Immission sein Schuldrecht fortdauernd geltend machen. Im Fall der Gefangenschaft hatte er aber weder gegen den Gefangenen noch gegen dessen Vermögen irgend ein Recht.

Wenn der Bürge und der Hauptschuldner sich beerben, so muß in der Regel die Bürgschaftsschuld wegen Aufhörens des Cautionsinteresses erlöschen, da nun nur noch eine verhaftete Person vorhanden ist. So Sabinus. Proculus läugnete dieses und er hatte eben nach jenem Princip Recht, so weit im einzelnen Falle der Gläubiger doch noch ein Cautionsinteresse behielt (L. 38. §. 5. L. 93. §. 3. D. de solut. 46, 3. L. 14. 50. 21. §. 2. 4. D. de fidei. 46, 1.). Dieses konnte

nun beim Sponsor und Fidejussor auf verschiedene Weise eintreten; bei jenem z. B. wenn der Hauptschuldner post mortem suam versprochen hatte, bei diesem, wenn der Hauptschuldner nur naturaliter haftete.

Alle bisher erörterten Unterschiede im Recht der persönlichen und sächlichen Bürgschaft beruhen auf der verschiedenen Natur derselben und es werden sich deren bei fortgesetzter Aufmerksamkeit leicht noch mehrere auffinden lassen. Andere sind durch ausdrückliche Gesetze hinzugethan worden. Sie erklären sich größtentheils daraus, daß, als die älteren Bürgschaftsgesetze erlassen wurden, die sponsio und fidepromissio noch allein oder doch ganz überwiegend im Gebrauch waren. Nachdem alle drei Arten der Privatbürgschaft sich entwickelt hatten, faßte die Gesetzgebung auch nur noch deren gemeinschaftliche Momente oder den allgemeinen Begriff der Adpromission auf und bestimmte sich für alle drei Arten. Es versteht sich aber von selbst, daß die älteren Gesetze doch auch durch die eigenthümliche Natur der damals üblichen persönlichen Bürgschaftsformen mit bestimmt sind.

Unter jenen Gesetzen halte ich nun auch die Lex Publilia, Apuleia und Furia für weit älter, als man gewöhnlich annimmt. Die Lex Publilia und Furia geben beide eine legis actio per manus iniectionem pro iudicato (Gai. 4, 22.), sie rührten also nicht blos aus der Zeit der noch geltenden Legis Actionen her, sondern waren auch älter als die Lex Valeria über die manus iniectio, die wir nicht ohne Wahrscheinlichkeit in das J. d. St. 413. gesetzt zu haben glauben (Recht des Nexum S. 121. 145.); denn diese erklärte schon alle manus iniectio außer wegen iudicatum und depensum für pura (Gai. 4, 25.). Die Lex Apuleia war aber wieder älter als die Lex Furia (Gai. 3, 122.). Hieraus erklärt es sich, warum alle diese Gesetze nur den Sponsor und Fidepromissor betrafen.

Die älteste dürfte nun die Apuleia gewesen sein, die billigste unter allen, welche nur unter mehreren Sponsoren oder Fidepromissoren eine Art von Societät einführte. Nach ihr verstand man sich leichter zur Bürgschaft, wenn nur viele Bürgen auftraten, und so diente sie den Plebejern zur Erleichterung, ohne den patricischen Gläubiger zu beeinträchtigen. Vielleicht hat sie den Volkstribunen L. Apuleius zum Urheber, der im J. d. St. 364. Camillus wegen der Vejentischen Beute vor das Gericht der Plebs zog (Liv. 5, 32.). Einen mehr patricischen Charakter trägt die Lex Publilia, welche dem Sponsor durch eine strengere Regreßklage gegen den Hauptschuldner zu Hülfe kam.

Publilier finden wir unter den Volkstribunen schon in den frühesten Zeiten der Freiheit. Wahrscheinlich rührt aber das Gesetz von dem Q. Publilius Philo her, der im J. 371. in Uebereinstimmung mit dem Senat Manlius Capitolinus den Hochverrathsproceß machte (Liv. 6, 19.), und diente in der damaligen von Manlius hauptsächlich benutzten Schuldklemme als politische Maßregel, um die ärmeren Plebejer zu schrecken, die reicheren aber selbst in das Interesse der Patricier zu ziehen. Denn war der Sponsor ein Patricier, was selten der Fall (Liv. 6, 15.), so gab ihm das Gesetz eine neue Waffe gegen den plebejischen Schuldner; war er ein Plebejer, so kam es den Patriciern zu Statten, daß nicht sie allein zahlungsunfähige Plebejer als iudicati in der Schuldhaft hatten. Auf den Sponsor beschränkte sich das Gesetz wohl deshalb, weil damals in Geldgeschäften der Römischen Bürger unter einander, die man ohne nexum und dann im Vertrauen auf Bürgen einging, fast nur noch diese Art der Bürgschaft üblich war, während die adpromissio mehr in Geldgeschäften mit Latinern und neben gewöhnlichen Stipulationen vorkommen mochte.

Der Gedanke der Lex Furia, die Lage des Bürgen auch mit Beeinträchtigung des Rechts des Gläubigers zu erleichtern, welcher fast nur den Plebejern zum Vortheil gereichte, konnte erst später Raum gewinnen. Auch nennt Gaius 4, 22. die Lex Furia nach der Publilia. Sie bestimmte nämlich, daß der Sponsor und Fidepromissor durch Ablauf von zwei Jahren befreit werden und daß der Gläubiger bei Strafe der executiven Rückgabe des Vierfachen einen von mehreren Bürgen nicht auf mehr als einen Kopftheil belangen sollte. Sie wird also von einem Volkstribunen oder einem volksfreundlichen Magistrat dieses Namens nicht lange vor der Lex Valeria herrühren, zu deren Zeit die Plebs, wie Livius bezeugt, zu großer Macht gelangt war. Auch kommen in dieser ganzen Zeit viele Furier sowohl in plebejischen als patricischen Aemtern vor. Bedenken könnte gegen ein so hohes Alter des Gesetzes erregen, daß es nur in Italien galt (Gai. 3, 121. 122.); denn diese Bezeichnung des Landes mit juristischer Bedeutung findet sich erst mehrere Jahrhunderte später. Aber Gaius sagt nicht, daß das Gesetz selbst sich dieses Ausdrucks bedient habe. Es wird also vielmehr in agro Romano gesagt oder eine ähnliche Bezeichnung gebraucht haben, die seit der Kaiserzeit hier eben so, wie bei den civilrechtlichen Erwerben der Grundstücke, mit Italia oder Italicum lomus zusammenfiel. Der Grund dieser Selbstbeschränkung des Gesetzes war aber vermuthlich theils ein formell technischer, theils ein

materieller. Einerseits nämlich dehnte das Gesetz die Verjährungsvorschrift der zwölf Tafeln, die nur für civilen Boden galt, auf die Bürgschaftsobligation aus. So wie das Zwölftafel-Gesetz dem Eigenthümer die Vindication gegen einen gerechten Besitzer oder die Wiederausübung einer Servitut, folgeweise auch dem Käufer die auctoritatis actio nur höchstens zwei Jahre lang gestattete, so schien es auch hinreichend, dem Gläubiger gegen einen Schuldner, der lediglich in fremdem Interesse sich verpflichtet hatte, sein Recht nur zwei Jahre lang zu sichern. Andererseits war der doppelte Eingriff des Gesetzes in das Recht des Gläubigers nur für Bürgschaften in dem engen Umkreise des Vaterlandes zu rechtfertigen, wo man die Bürgen leicht erreichen konnte, wie es auch nur da der Römischen Plebs zum Vortheil gereichte. Nach dieser Seite drückte also das Gesetz einen ähnlichen Gedanken aus, wie die Beschränkung der doli exceptio des Fidejussor aus der epistola D. Hadriani auf den Fall, daß die Confidejussoren idonei waren, und die Nichtausdehnung der zwei Jahre der Usucapion Italischer Grundstücke auf die longi temporis possessio der Provinzialgrundstücke oder der Unterschied zwischen praesentia und absentia bei der letzteren. Im Anfang der Kaiserzeit war es bestritten, ob die zwei Jahre von der Zeit an, wo der Sponsor klagbar haftete, in der Regel also von der geschlossenen Sponsio an, oder, wie Cassius meinte, von da ab, wo ein Kläger vorhanden sei, z. B. wenn ein Erbschaftssclav stipuliert hatte, von Antretung der Erbschaft an, zu rechnen seien (L. 25. D. de stip. serv. 45, 3. L. 4. de div. temp. praescr. 44, 3.). Im Geist des Gesetzes an sich, kann man sagen, war mehr die erstere Ansicht, in seiner Beschränkung auf Italien aber, die eine Rücksicht auf den Gläubiger enthielt, mehr die letztere begründet, und eben dafür sprach auch, daß die andere Vorschrift desselben Gesetzes wegen Theilung der Schuld unter mehrere Bürgen die Zeit, wann pecunia p e t i possit, als entscheidend hingestellt hatte (3, 121.).

Uebrigens wird man bei nüchterner und gewissenhafter Benutzung der Quellen nicht bezweifeln, daß die Lex Furia den Sponsor und Fidepromissor in Italien wirklich ganz allgemein durch den Ablauf von zwei Jahren befreite, daß die Worte des Gaius 3, 121. item sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur — — fideiussores vero perpetuo tenentur, nicht heißen können: jene hafteten zwar in der Regel eben so wie diese perpetuo, in einem Falle aber und noch dazu in einem solchen, wo dieses von jeher nicht anders gewesen war und auch beim Fidejussor nicht anders sein konnte,

wenn sie sich nämlich für die auctoritatis actio beim Käufer eines Italischen Grundstücks verbürgt hatten, würden sie in zwei Jahren befreit (denn mit Befreiung des Hauptschuldners durch Verjährung oder Tod wird auch jeder Bürge frei. L. 38. §. 4. D. de fideiuss. 46, 1. L. 10. §. 1. D. si quis caution. 2, 11.).

Es würde daher zur Widerlegung dieser Ansicht Rudorffs (Zeitschr. Bd. 14. S. 440.) nichts weiter bedürfen, wenn er sich dafür nicht noch auf ein bei Cicero vorkommendes Rechtsverhältniß berufen hätte. Da jedoch seine Erklärung desselben schon deshalb nicht richtig sein kann, weil er dabei von einer Identificirung des sponsor und praes ausgeht, deren Recht völlig verschieden war, so begnügen wir uns, sogleich die richtige zu geben.

> Cic. ad Attic. 12, 14. §. 2. Quod scribis a Iunio te appellatum, omnino Cornificius locuples est: sed tamen scire velim, quando dicar spopondisse, et pro patre anne pro filio: neque eo minus, ut scribis, procuratores Cornificii et Apuleium praediatorem videbis. — 12, 17. §. 2. Quod pro Cornificio me abhinc amplius annis XXV spopondisse dicit Flavius, etsi reus locuples est, et Apuleius praediator liberalis, tamen velim des operam, ut investiges ex consponsorum tabulis, sitne ita. Mihi enim ante aedilitatem meam nihil erat cum Cornificio. Potest tamen fieri. Sed scire certum velim; et appelles procuratores, si tibi videtur. Quanquam, quid ad me? Verumtamen. — 12, 19. De sponsu, si quid perspexeris; et tamen, quid procuratores Cornificii dicant, velim scire; ita ut in ea re te, quum tam occupatus sis, non multum operae velim ponere.

Das Rechtsverhältniß ist nicht recht klar, aber doch wohl so zu fassen. Cornificius, wahrscheinlich der Vater, war Hauptschuldner, für den Cicero mit Anderen vor 25 Jahren sich durch sponsio verbürgt haben sollte: Junius und Flavius die Creditoren oder wahrscheinlicher die Procuratoren des Creditor. Sie mahnten Atticus als Procurator des Cicero. Das Schuldverhältniß war nämlich jedenfalls ein privatrechtliches; denn beim Volk würden praedes, nicht sponsores eingetreten sein. Um nun Cicero's Sorge mit der Lex Furia in Einklang zu bringen, könnte man annehmen, das Geschäft sei außerhalb Italiens geschlossen worden, etwa während Cicero's Aufenthalt in Athen (a. u. 676.) oder als er Sicilischer Quästor war (a. u. 679.). Doch deutet darauf nichts hin und Cicero würde sich dann wohl vor Allem danach erkundigt haben, wo er spondiert haben sollte. Die Sache verhält sich

vielmehr so. Atticus wird Cicero geschrieben haben, er sei eigentlich ex lege Furia frei, denn die Bürgschaft sei längst verjährt. Darauf gehen die Worte: Quanquam quid ad me? — Verumtamen, fügt er hinzu; denn wie bei uns kein Ehrenmann sich auf die kurzen Verjährungsfristen mancher Obligationen beruft, so galt es ohne Zweifel für einen damaligen vornehmen Römer noch viel mehr für einen Ehrenpunct, von der Lex Furia nicht leicht Gebrauch zu machen (Vgl. wegen einer ähnlichen Anwendung des non omne, quod licet, honestum est bei der Bürgschaft Zeitschrift Bd. 14. S. 54 flg.). Doch konnte Cicero die Sache aus diesem Grunde immer ruhiger ansehen, (non te in ea re multum operae velim ponere), zumal da schon eine so lange Zeit verflossen war. Außerdem tröstete ihn, daß der Hauptschuldner locuples, gewiß also mit Grundstücken angesessen war, von dem er ungeachtet des Ablaufs seiner Bürgschaft die Zahlung mandati actione würde einklagen können (L. 29. §. 6. D. mand. 17, 1. L. 69. D. de fidei. 46, 1. welche beide von Sponsoren handelten), und ferner, daß der Prädiator Apuleius, mit dem der Hauptschuldner oder auch die Procuratoren des Gläubigers, dem jene Grundstücke fiduciae causa mancipiert waren, wegen Verkaufs in Verhandlung getreten sein mochten (denn ohne Zweifel kauften Prädiatoren auch in Privatverhältnissen oft Grundstücke und waren so überhaupt Güterhändler) — kein Knauser war, sondern ansehnliche Preise bewilligte. Rücksprache mit den Procuratoren des Cornificius wünschte er eben nur um des Ehrenpunctes willen, der doch für diesen in einem noch höhern Grade eintrat.

III, 121.

et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes deducitur inter eos obligatio et singuli viriles partes *********.

In dieser Lücke hat die HS.: hocabentur, woraus Hollweg debent, Lachmann condemnantur machen wollte. Das Richtige möchte sein: deiubentur, d. h. dare iubentur. Es ist nämlich wohl zu bemerken, daß das Gesetz nicht ipso iure die Verpflichtung der Sponsoren und Fidepromissoren auf's Ganze aufhob. Wäre das der Fall gewesen, so hätte es nicht zugleich eine per manus iniectionem pro iudicato einzufordernde Strafe des Vierfachen adversus eum, qui a sponsore plus quam virilem partem *exegisset* (Gai. 4, 22.), verordnen können, was ja voraussetzt, daß der Gläubiger eine vollkommen

wirksame Klage hierauf hatte. Nur so erklärt sich auch die Möglichkeit des Zweifels (3, 122.), ob das beneficium legis Apuleiae, welche nicht wie die Furia sich auf Italien beschränkte, nachdem die letztere hinzugekommen war, selbst noch in Italien fortdauere; denn, konnte man sagen, auch jetzt mußte es sich ein Consponsor immer noch gefallen lassen, auf's Ganze belangt zu werden, und warum sollte er dann nicht ex l. Apuleia gegen den Consponsor klagen? Ferner vertrüge sich auch eine solche Absicht des Furischen Gesetzes, der Verbürgung Mehrerer selbst von vorn herein die Deutung zu geben, daß jeder nur einen Kopftheil auf sich genommen hätte, nicht mit der Bestimmung, daß sich die Kopftheile nach der Zeit bestimmen sollten, wann pecunia peti possit. Sie sprach also nur aus, sie wolle, daß der Sponsor oder Fidepromissor seinen Kopftheil gebe, wohl wissend, daß er kraft der Verbürgung selbst das Ganze schulde, und knüpfte daran die sanctio, daß, wenn der Gläubiger ihn durch Klage nöthige mehr zu zahlen, er das Vierfache zurückgeben solle. Die Vorschrift, den Kopftheil zu geben, hatte aber ohne Zweifel auch noch eine processuale Beziehung. Die Absicht des Gesetzes war eine allgemeine, es mußte auch auf Sponsionen für untheilbare Hauptobligationen angewandt werden können. Da trat denn ein, was Tubero (L. 72. pr. D. de verb. obl. 45, 1.) meinte, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait, posse dici, iusta aestimatione facti (L. facta) dandam esse petitionem. Wogegen, wenn der Gläubiger nicht ex lege Furia, sondern ex sponsu unmittelbar auf's Ganze klagte, die Klage auf das ursprüngliche Object gerichtet wurde.

Übrigens konnte das Gesetz nach der persönlichen Natur der sponsio und fidepromissio auch gar nicht daran denken, die Obligation, d. h. die Verbindlichkeit dieser Bürgen als solcher theilen zu wollen, da etwas Persönliches eben schlechthin untheilbar ist. Nur das konnte es aussprechen, daß sie kraft dieses Gesetzes jeder einen Theil zu geben verpflichtet sein sollten, also eine neue Verpflichtung de eadem re hinzufügen, so daß man seitdem gegen sie, wenigstens im Falle eines incertum promissum, eine doppelte Klage hatte, die gewöhnliche ex sponsu auf's Ganze mit der zu 3, 119 entwickelten Formel und der Gefahr der Rückgabe des Vierfachen des über den zuständigen Theil Gezahlten, und eine condictio ex lege Furia auf einen Theil. Die pars selbst, zu deren datio die Lex Furia den Sponsor oder Fidepro-

missor verpflichtete, war aber immer ihrem Object nach nicht eine eigene, sondern wie ursprünglich eine pars alienae rei promissae. Der Hauptschuldner kann daher einen Theil seiner Schuld so zahlen, daß er damit blos Einen Sponsor von seinem Theil befreit. L. 5. §. 1. vgl. L. 37. D. de solut. (46, 3.). Auch erklärt sich hieraus die von zwei Sponsoren der satisdatio iudicatum solvi sprechende L. 14. pr. D. iudic. solv. (46, 7.) von Julian: Si ex duobus fideiussoribus (dieses Wort offenbares Emblem), qui iudicatum solvi spoponderant, alter ob rem non defensam partem suam solverit, nihilominus res defendi poterit. nec tamen is, qui solverit, repetet: stipulatio enim pro parte eius perempta est, perinde ac si acceptum ei factum fuisset. Hat der eine Sponsor die Hälfte der Ästimation der Hauptschuld (L. 72. pr. cit.) gezahlt, weil der Hauptschuldner den Proceß nicht aufnahm, so kann wegen der Untheilbarkeit des versprochenen Factum der defensio und weil diese erst mit der litis contestatio Seitens eines Anderen unmöglich wird (L. 13. pr. eod.), immer noch defendiert werden, namentlich auch von den beiden Sponsoren selbst (L. 5. §. 4—7. D. eod.). Der, welcher ex lege Furia seinen Theil gezahlt hat, kann aber, wenn noch defendiert wird, nicht zurückfordern, d. h. condicieren, was man meinen möchte, weil er nun auch noch ob rem iudicatam auf seinen Theil in Anspruch genommen werden könne; denn er kann dieses eben nicht, weil nach der Lex Furia die pars rei als ein Theil der promittierten res (non defensa aut iudicata) nicht als Inhalt einer besondern neuen Obligation anzusehen und es also eben so gut ist, als wenn seine obligatio ex sponsu selbst durch acceptilatio aufgehoben wäre. In einem solchen Falle muß also der Gläubiger seine Hauptklage auf das Übrige beschränken und der Sponsor hat nur die actio mandati oder depensi.

Gaius hebt im Folgenden den Unterschied zwischen der Wohlthat der Lex Furia für mehrere persönliche Bürgen und der der epistola D. Hadriani für mehrere Fidejussoren hervor, daß es bei den ersteren gleichgültig sei, ob sie alle zahlungsfähig sind oder nicht. Ich glaube jetzt die hier noch gebliebene Lücke mit Verbesserung meines früheren Vorschlags so ausfüllen zu müssen:

Eo igitur distat haec epistula a lege Furia, quod si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus solvendo non sit, *non*|*ideo plus a cete*rorum quoque *peti possit.*

Daß die Lex Furia auf Insolvenz nicht Rücksicht nahm, war ganz

consequent, weil bei der persönlichen Bürgschaft das initium contractus und die bloße persönliche Befähigung des Bürgen entscheidet.

III, 123.

Der den noch sichtbaren Zügen entsprechendste Name des unlesbar gebliebenen Gesetzes dürfte Pompeia sein: nämlich von dem Q. Pompeius Rufus, dem zusammen mit L. Sulla (coss. a. u. 666.) Festus s. v. die räthselhafte unciaria lex zuschreibt, so daß beide nach dieser gemeinschaftlichen Lex für die Schuldner jeder noch ein besonderes zum Besten der Bürgen gegeben hätten. Auf die Vorschrift unserer Lex scheinen sich Ciceros Worte aus der Rede in P. Clodium et Curionem (p. 97. ed. C. Beier) zu beziehen: cuius satisdationes semper indicuntur (Beier liest iudicantur, vielleicht: *saepe p̓iudicio* dicuntur) induci. Wozu das Schol. Ambros.: Satisdationes dicit rescindi sententia praetoris (vielmehr iudicis). Et hoc in loco significat viros, qui stulte timerent pro Clodio mutuante pecuniam spondeant, cum saepenumero experti sint multos sponsores eius hoc nexu liberatos, cum se circumventos illius fraude docuissent. — Nachher in den Worten

> quo quaeratur, an ex ea lege praedictum sit; et si iudicatum fuerit, praedictum non esse, liberantur.

hat die HS. nam statt non. Daher möchte eher *ita n̄* (ita non) zu lesen sein.

Aus der Schlußbemerkung des Gaius, daß in dieser Lex der Fidejussoren keine Erwähnung geschehe, ist weder zu schließen, daß zur Zeit derselben die fideiussio noch nicht ausgebildet gewesen sei, noch auch, daß das Gesetz sie nur zufällig nicht genannt habe. Der Zweck des Gesetzgebers war offenbar, dem Bürgen durch die vorgeschriebene praedictio über die Hauptschuld und über die Zahl der dafür zu verpflichtenden Bürgen eine Übersicht über den eigentlichen Inhalt seiner Verpflichtung zu verschaffen, damit er nicht unversehens ins Verderben komme. Dieser Zweck ging nun eigentlich nur die sponsores und fidepromissores an, für welche die Lex Apuleia und Furia Societät und Kopftheilung der Bürgschaftsschuld eingeführt hatten. War hier zum Voraus gesagt, wie viele Bürgen der Gläubiger nehmen würde, so konnte sich jeder dadurch vollständig decken, daß er unter der Bedingung, daß die übrigen auch versprechen würden, sich verpflichtete, und er wußte dann genau den Theil, den er übernommen hatte. Für Fidejussoren, die stets auf's Ganze hafteten, hatte dagegen eine solche

praedictio kein Interesse, wenigstens nicht das volle; denn theilweise wär die Absicht des Gesetzgebers auch schon damit erreicht, daß der Bürge erfuhr, für welche Hauptschuld er eigentlich eintrete. Daher wird denn besonders erst seit dem beneficium divisionis ex epistula D. Hadriani die praedictio auch bei Fidejussoren üblich geworden sein.

So gefaßt tritt unser Gesetz mit der Lex Cornelia in eine innere Verbindung und kann in dasselbe Jahr mit ihr fallen, obgleich diese auch die Fidejussoren betraf. Die Lex Pompeia schützte blos subjectiv davor, daß man nicht wider Verhoffen mehr, als man wollte oder voraussetzte, übernahm, die Lex Cornelia aber auch objectiv, daß man nicht überhaupt durch Übernahme zu großer Bürgschaften um sein Vermögen käme, und beide ergänzten sich gegenseitig.

III, 124.

et quamvis sponsor vel fidepromissor in ampl*iore*m pecuniam, velut si (*in*) sestertium C milia *se obligaverit, non tamen tenebitur.*

Jedenfalls ist hier hinter vel fidepromissor ausgefallen: *vel fideiussor.* Aber auch der herausgegebene Text kann nicht richtig sein. Wie er lautet, würde der, welcher sich auf eine höhere Summe als 20,000 für denselben, bei demselben, in demselben Jahre verbürgt hätte, auch nicht einmal auf 20,000 verpflichtet sein, was doch dem bei theilbaren Objecten geltenden allgemeinen Grundsatze utile per inutile non vitiatur entgegenliefe. Man lese also zunächst ganz nach der Handschrift:

et quamvis sponsor vel fidepromissor (*vel fideiussor*) in amplam pecuniam, velut si sestertium C m̄n̄ (*milium nummum*) *se obligaverit, tm̄ d̄t̄* (tamen duntaxat) *XX damnatur.*

Zu ampliorem wäre die Angabe eines Beispiels ziemlich albern. Was aber ampla pecunia sei, ein Ausdruck, der auch sonst öfter vorkommt (L. 34. §. 1. D. de leg. 3. L. 40. pr. D. de statulib. 40, 7.), bedurfte der Erläuterung, nämlich die Summe von 100,000 Sestertien und darüber. (Ueber den Census der frühern Kaiserzeit S. 93 fl.) Der Genitiv C milium ist als von in pecuniam abhängig zu denken. Gerade die Summe von 100,000 Sestertien nennt aber Gaius wohl nicht blos, weil von ihr die ampla pecunia beginnt, sondern auch weil von ihr als Normalsumme aus die höchste Bürgschaftssumme der Lex Cornelia bestimmt war. Die Bürgschaftsleistung rich-

tet sich nämlich, wie Zeugenschaft (5 bei Mancipationen, 10 in iudiciis recuperatoriis), consilia (Gai. 1, 20.), laudatio, Legationen und alle dergleichen munera oder officia civilia, normal nach der Zehn- und Fünfzahl. Zehn vades finden wir in iudiciis publicis (Liv. 3, 13.). So wird man auf Privatcontracte fünf Bürgen gerechnet haben. Uebernahmen diese eine ampla pecunia, so stellte sich das Maximum auf 20,000 Sestertien fest. In ähnlicher Weise werden die Beträge der Staatsgeschenke an die Gesandten zu erklären sein. Der gewöhnliche Betrag nach der alten Verfassung war 2000 Asse auf jedes Glied der Gesandtschaft, also, da regelmäßig fünf Gesandte waren, 10,000 Asse überhaupt, derselbe Betrag, den man dem zur Belohnung für die Anzeige eines Verbrechens Freigelassenen bewilligte (Liv. 42, 19. 43, 5. 6. 8. 44, 14. 15. 45, 42. Ueber den Census der Kaiserzeit S. 93.). In der spätern Zeit stieg man aber allmählich, besonders seit dem Verkehr mit den großen Königen des Ostens. Einem Botschafter des Antiochus wurden 100,000 Asse gegeben (Liv. 42, 6.), in andern Fällen jedem Mitgliede der Gesandtschaft 4000, 5000, 10,000 Asse (Liv. 28, 39. 30, 17. 37, 4.). Daß sich gegen Ende der Republik das allgemeine Entwickelungsgesetz (Ueber den Census a. a. O.), wonach aus Assen Sestertien und die ältern Verfassungssummen verzehnfacht wurden, auch hier geltend gemacht habe, kann man daraus schließen, daß nach der Lex Iulia repetundarum kein Römischer Großer in einem Jahre mehr als 100,000 Sestertien als Ehrengeschenk annehmen durfte, L. 6. §. 2. D. de lege Iul. repet. (48, 11.) neve plus domini (L. doni vel) muneris in anno accipiant, quam quod sit aureorum centum d. h. (Ueber den Census a. a. O. Anm. 190.) 100,000 Sestertien. So würde denn auch das Geschenk für ein Mitglied einer Gesandtschaft jetzt 20,000 Sestertien betragen haben.

Die Ergänzung duntaxat XX damnatur ziehe ich der: non ultra XX tenetur vor, weil die letztere eine Bestimmung des Gesetzes, daß die Bürgschaft für das Uebrige nichtig sein solle, also eine lex perfecta voraussetzen würde; die leges vor der Kaiserzeit sind aber noch keine leges perfectae (Ueber das Recht des Nexum S. 120.); sie wirken zwar ipso iure und können so auch von einer entstandenen Obligation befreien, wie z. B. die Lex Furia und Pompeia thaten, nicht aber auch den Willen des freien Römischen Bürgers selbst für nichtig erklären.

Hugo (Rechtsgesch. S. 398.) hält diese Lex Cornelia mit der über Spielwetten (L. 3. D. de aleat. 11, 3.) für identisch. Wie mir

scheint, ohne allen Grund; sponsionem facere hieß niemals eine Bürgschaft übernehmen.

Die summa legis Corneliae erklärt, weshalb Papinian in folgender Stelle gerade diese Summe als Beispiel gewählt hat. L. 49. §. 1. D. de fideiuss. (46, 1.) — Quodsi duo fideiussores accepti fuerint, verbi gratia in viginti, et alter ex duobus heredibus alterius fideiussoris totum creditori exsolverit: habebit quidem decem, quae ipso iure non debuit, condictionem. An autem et alia quinque milia repetere possit, si fideiussor alter solvendo est, videndum est. Etc.

Uebrigens kann man aus der Summe der Lex Cornelia schließen, daß die der Lex Cincia eine geringere gewesen sei, wegen folgender Stelle aus Javolenus L. 24. D. de donat. (39, 5.)

Fideiussori eius, qui donationis causa pecuniam supra modum legis promisit, exceptio dari debet etiam invito reo: ne, si forte reus solvendo non fuerit, pecuniam fideiussor amittat.

Der Bürge würde der exceptio legis Cinciae aus der Person des Hauptschuldners nicht bedurft haben, wenn er schon nach der Lex Cornelia ipso iure nicht auf mehr hätte verurtheilt werden können.

Am Schluß des §. lesen wir: itaque (*et*) si vinum vel frumentum, et si fundum vel hominem stipulemur etc.

III, 129.

A re in personam transcriptio fit veluti si id, quod ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero.

Die Handschrift hat zwischen quod und ex noch m̄. Dieses ist aller Wahrscheinlichkeit nach aus tu entstanden, wenn nicht etwa wirklich so in der Handschrift steht, und also quod tu ex etc. wiederherzustellen. Der Gegensatz zwischen der transcriptio a re in personam und a persona in personam erfordert nämlich eine bestimmte Hervorhebung, daß dort eben dieselbe Person (tu), der man expensiliert, hier dagegen ein Dritter (Titius §. 130.) bisher schuldig ist. Auch ist das zweite id Sigle = inde (wie 3, 145.) — zur Verdeutlichung des a re in personam.

III, 130.

A re in personam transcriptio fit, veluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegaverit mihi.

Die HS.: te se delegaverit. Also ist zu lesen te (*pro*) se de-

legaverit mihi. Vgl. L. 11 pr. D. de novat. (46, 2.) Delegare est, vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit. Senec. de benef. 4, 2. Debitores nobis delegat Deos, precaturque ut illi pro se gratiam referant. L. 5. C. de novat. (8, 42.).

III, 131.

numeratio autem pecuniae rei non (*litterarum*) facit obligationem.

Der Zusatz non litterarum würde hier abgeschmackt sein. Ich halte daher das in non aufgelöste n für einen bloßen Irrthum des Abschreibers, wenn es nicht tt = tantum ist.

III, 132.

Unde proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur.

Proprie ist sinnlos, es muß nothwendig *im*proprie heißen: nur dann paßt der hinzugefügte Grund.

III, 140.

alioquin si ita inter eos convenerit —

Da eos ganz beziehungslos ist, so muß man *nos* lesen. Gaius mischt ganz gewöhnlich sich und den Leser in die Darstellung ein.

III, 141.

set ait Caelius Sabinus, si rem Titio venalem habente, veluti fundum, acceperim et pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur.

So hingestellt würde der Fall sich doch immer noch wenig von dem gewöhnlichen Tausche unterscheiden, da ich auch den Sclaven verkäuflich gehabt haben könnte. Man muß also das si rem tibi venalem habenti der HS. beibehalten und statt des nach dem Schlußwort gebildeten acceperim vielmehr acce*ss*erim lesen. Dabei ist ein feiner Unterschied zwischen accedere ad aliquem und accedere alicui zu bemerken. Jenes drückt blos aus, daß man mit Jemanden zusammenkommt, dieses stellt den, zu dem man kommt, als den festen, unbeweglichen Punct dar (Liv. 24, 11. muris accessisset), zu dem sich der Andere als allein activer, wegnehmen Wollender hinbewegt, wie dieses

dem Unterschied des die Sache nur ablassenden Verkäufers und des sie mit sich fort nehmenden Käufers entspricht; daher auch accedere, sobald es in dem Sinne des Hinzutretens zu einem Hauptsächlichen, Bleibenden steht, immer mit dem Dativ construiert wird. Um sein Beispiel in diesem Sinne noch einleuchtender zu machen, hatte Cälius Sabinus auch eine unbewegliche Sache auf der Seite des Einen, eine bewegliche auf der andern angenommen. Doch reichen alle diese Annahmen auf der blos subjectiven Seite nicht aus, um das objectiv Charakteristische des Kaufes im Gegensatze des Tausches, die consentierte Leistung des Gebrauchswerthes gegen bloßen Tauschwerth rechtlich herzustellen. Denn so lange das Object, womit man die Sache, welche man braucht, erstehen will, selbst den Tauschwerth nur in einem Gebrauchswerth eingeschlossen enthält, kann zwar das Interesse des Erstehenden am Gebrauchswerth der sich zu verschaffenden Sache im Verhältniß zu dem Interesse des Ablassenden an dem Gebrauchswerth der dagegen zu gebenden Sache weit prävalenter sein; über den blos graduellen Unterschied geht es jedoch niemals hinaus und damit bleibt es so lange bei der Absurdität utramque rem venisse et pretii nomine datam esse, bis mit der Annahme der Geldleistung auf der einen Seite der Gegensatz zwischen venditor und emptor wirklich gewonnen wird.

Uebrigens ist die schon von Göschen angeführte Stelle des Serv. ad Georg. 3, 307.: Nam apud maiores omne mercimonium in permutatione constabat, quod et Caius Homerico confirmat exemplo auf unsern Paragraphen zu beziehen, nicht mit Osann (Pomponii de orig. iur. fragm. p. 41.), der diese Stelle für bisher unbeachtet hielt, auf den Commentar des Gaius zum Edict. Daß man zur Zeit des Schulengegensatzes der Proculianer und Sabinianer bei dieser Frage allgemein auf Homer zurückging, zeigt auch Plin. 33, 1. (3) quantum feliciore aevo, quum res ipsae permutabantur inter se, sicut et Troianis temporibus factitatum, Homero credi convenit. Ita enim (ut opinor) commercia victus gratia invecta: alios coriis boum, alios ferro captivisque rebus mutasse tradit. Plinius selbst fand also in Homer noch bloßen Tausch.

III, 142. 143.

Locatio autem et conductio similibus regulis constituuntur würde heißen, daß locatio und conductio unter einander ähnlich wären, während doch dieser Contract mit dem Kauf verglichen werden

soll (§. 145.). Das constituntur der HS. ist also vielmehr in constitu*itur* zu verändern.

Eben so ist im folgenden §.

Unde si alieno arbitrio merces promissa sit nothwendig permissa sit zu lesen. „Nach fremder Willkühr versprechen" wäre ein ganz anderer Begriff. Denselben aus falscher Auflösung der Sigle p. entstandenen Fehler vieler Stellen hat Schrader in §. 1. J. de locat. (3, 25.) nach Handschriften verbessert.

III, 145.

ut, quamdiu id vectigal praestetur —

Zur Bestätigung, daß id nach meinem Vorschlage als Sigle in inde aufzulösen sei, kann 1, 119. dienen, wo in dem Citat des Boethius (vgl. Lachmanns Anm. 22.) der umgekehrte Fehler, die irrige Auflösung von id in inde, vorkommt. Aehnlich steht 3, 175 ind. für id. = idem, wie Lachmann und Böcking nicht hätten verkennen sollen.

III, 153.

Dicitur et capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti ************ dicitur.

Dieser Eingang dicitur.... solvi societatem ist, auch abgesehen von der unbehülflichen Wiederholung des dicitur im folgenden Satze, durchaus gegen den Styl des Gaius und selbst der Römischen Juristen überhaupt. Ich bezweifle nicht, daß das erste dicitur aus igitur corrumpiert ist, wahrscheinlich nachdem hinter societatem, welches societat. geschrieben war, c'stat wegen Aehnlichkeit der Züge mit der zweiten Hälfte jenes Wortes ausgefallen war. Wir gewinnen also die richtige Lesart wieder, wenn wir schreiben:

Igitur et capitis deminutione solvi societatem constat, quia etc.

III, 155.

Ergänzen wir den Anfang dieses §. mit Göschen und Lachmann: Mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena; *nam sive ut mea* negotia geras, sive ut alterius *tibi mandem, erit inter nos* obligatio, et invicem alter alteri tenebimur.

so wird der Schluß den Zeichen der HS. und dem Sinne entsprechend so wiederhergestellt werden können:

ideo q t̄ me tibipensas q. (quod tam me tibi impensas quam) *te* mihi bonā fidē (bonam fidem) praestare oportere (lies oportet).

Mein früherer Versuch ging von der Göschenschen Ansicht aus, daß Gaius die intentio der Mandatsklage ausgedrückt habe; aber dann konnte nicht praestare, sondern nur dare facere stehen. Jetzt liegt der weit passendere Gedanke zum Grunde, warum die Besorgung fremder Geschäfte obligatorisch sei, und die beiderseitigen Leistungen selbst werden ganz angemessen bezeichnet. Wer übertragene fremde Geschäfte besorgt, dem müssen seine Auslagen ersetzt werden, was nicht der Fall wäre, wenn er seine eigenen Geschäfte verwaltet hätte; er selbst aber tritt zu dem Mandans auch in ein persönliches Verhältniß der Anvertrauung fremder Geschäfte und muß ihm, weil er uninteressiert ist, bona fides prästieren. Gaius gehört hiernach zu den Juristen, welche, wie Ulpian (L. 10 pr. D. mand. 17, 1. nihil enim amplius quam bonam fidem praestare eum oportet, qui procurat) und Andere (Zeitschr. für Civilr. u. Proceß. N. F. Bd. 5. S. 114.), die Prästation des Mandatars auf die bona fides oder den dolus beschränkten. Zur Bestätigung unserer Auffassung der Stelle dient aber noch, daß Gaius auch über den gerichtlichen Procurator ähnlich wie hier über den Procurator überhaupt sich äußert. L. 46. §. 4. D. de procur. (3, 3.) Lib. 3. ad Edictum provinciale. — Procurator ut in ceteris [quoque] negotiis gerendis ita et in litibus [ex] bona fide rationem reddere debet — — — §. 6. Litis impendia, bona fide facta vel ab actoris procuratore, vel a rei, debere ei restitui, aequitas suadet.

III, 156.

et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares.

Der hierauf folgende Schluß des Paragraphen kann mit Benutzung des §. 6. J. de mand. und der noch übrigen Zeichen der HS. so ergänzt werden:

s' (sed) *verior ē Sab. sa* (est Sabini sententia), *si non gene* (21)raliter *ut p̄ēcam* (pecuniam) *fenerares*, *mandat.* (mandatum) *sit*, *sed f*aene(22)rare *Titio iussus sis*, *ēē* (esse) *mandati āōnem* (actionem) e*xis*timan(23)tis, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

Im folgenden §. entspricht den Zeichen der HS. und dem Styl des Gaius am meisten:

Illud *constat*, *si faciendum qd* (quid) mandetur, quod contra bonos mores est, non contrahi obligationem.

Vgl. §. 158. Item si quid post mortem meam faciendum mandetur, wo aber zwischen den letzten beiden Worten ein drittes m. d. i. mihi ausgefallen ist — falls nicht in der HS. selbst, wie ich glaube, faciendūm (= faciendum mihi) steht. Jedenfalls ist mihi unentbehrlich, weil ein solches Mandat, wenn es nicht mir, sondern einem Dritten ertheilt wird, vollkommen gültig ist.

III, 166.

nam placet, ex nulla causa ei acquiri posse.

Die HS. hat hinter causa noch alia, was aus aliqd verderbt scheint. Wir lesen also: ex nulla causa aliquid ei acquiri posse. Vgl. nachher nihil ei acquiri, und in §. 164. si quid — acquirant.

III, 167.

illut quaeritur, an quod domini nomen adiectum efficit, idem faciat unius ex dominis iussum intercedens.

Im ersten Satze fehlt der nothwendige Begriff eines der beiden Herren. Da nun aus der HS. hinter quaeritur berichtet wird: *tam q dominó* nomen adiectum *domini et fecit*, so ist durch Verbesserung zu lesen: *num quod unius* nomen adiectum *domini efficit.* In der HS. war wohl qd ominó abgetheilt und ist das letzte Wort wahrscheinlich nicht richtig gelesen worden.

III, 170. 171.

set et id, quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem (*dissolvi.* §. 171. *Ex*) imaginaria solutione tamen mulier sine tutoris auctoritate acceptum facere non potest; cum alioquin solvi ei sine tutoris auctoritate possit.

Diese Behandlung des handschriftlichen Textes genügt eben so wenig, wie die von Göschen in der zweiten Ausgabe: per acceptilationem imaginaria solutione (*dissolvi*) §. 171. Tamen mulier etc. Offenbar hat der Abschreiber eine ganze Zeile ausgelassen, weil sie, wie die vorhergehende, mit acceptilationem schloß. Man muß also etwa so lesen:

per acceptilationem (*dissolvi.* §. 171. *Quamvis vero dixerimus, perfici acceptilationem*) imaginaria solutione, tamen mulier etc.

Im folgenden §. schrieb Gaius, wie ich mich jetzt überzeugt halte, in der Lücke pro parte *debiti creditori* recte solvitur. Man ver-

gleiche die entsprechende Institutionenstelle: Sicut autem quod debetur pro parte recte solvitur, ita in partem debiti acceptilatio fieri potest. Sie zeigt die Aechtheit des debiti, welches Justinian nur in den folgenden Satz übertragen hat; creditori aber steht ziemlich deutlich in den Zügen der Handschr., wo das i nach debet und das c von creditori unsichtbar geworden zu sein scheint. Für volenti, welches auch die Institutionen nicht haben, ist in der HS. kein Raum; noch weiter liegt aber von dieser Böckings solvi intelligitur ab.

III, 173—175.

Am Schluß von §. 173. haben die Scheden *debit*, woraus Göschen debitum (*sit*) gemacht hat. Es ist aber sehr unwahrscheinlich, daß Gaius bei diesem zweiten Grunde das Perfectum, beim ersten das Präsens gesetzt haben sollte. Da nun auf debit at folgt, so lese ich debeat' = debeatur.

Im Uebrigen verweise ich wegen dieser §§. auf mein Recht des Nexum S. 231. 234. 236. In Betreff der Formel der nexi liberatio scheint mir das Entscheidende in meinem Restitutionsversuch, die Zusammenziehung von solvo liberoque hoc aere aeneaque libra hanc tibi libram primam postremamque durch folgende Stelle aus Modestins Responsen außer Zweifel gesetzt zu werden. L. 20. pr. D. de liber. leg. (34, 3.) *Aurelio Sempronio fratri meo. Neminem molestari volo nomine debiti, neque exigere aliquid ab eo, quamdiu viveret, neque de sorte aut de usura nomine debiti; et absolvo ei et libero ex pignoribus eius domum et possessionem Caperlatam.* Diese Stelle ist freilich verderbt, aber nicht da, wo man bisher die Corruption gesucht hat. Der Adressat kann nicht wohl ein Anderer als der Erbe sein, an den dieser Codicill gerichtet wird; dann fehlt aber die Person des Fideicommissars. Ich lese statt des völlig verwirrenden Neminem durch Benutzung des vorangehenden o Onesimum und dann statt *v*olo *n*olo; auch ist hinter exigere *te* ausgefallen. Dagegen ist absolvo ei et libero etc., woran man bisher (zuletzt noch Osann ad Pompon. de orig. iur. p. 25.) immer Anstoß genommen hat, vollkommen ächt; Caperlatam ist ein schon von A. Augustinus gerechtfertigter Eigenname, das absolvo ei et libero ex pignoribus eius domum aber eine offenbare Nachbildung der allbekannten Formel der nexi solutio und dient zur Bestätigung der innern Verwandtschaft des nexum aes und der res pignori obligata (das Recht des Nexum S. 3.). So wie der Schuldner die bei ihm nectierte Quantität, in-

dem er sie zum Eigenthum zurückgab, wieder frei machte, so der Pfandgläubiger das Pfand, indem er es dem Verpfänder zurückstellte oder, im Falle einer bloßen Hypothek, erließ. — Im Uebrigen bedarf mein Versuch, die Formel wiederherzustellen, noch einer Verbesserung. In dem Vordersatze: quod ego tibi tot milibus eo nomine *iure nexi sum damnas* sind nämlich die Worte eo nomine offenbar nicht solche, welche bei wirklicher Anwendung der solutio per aes et libram auch mit gesprochen wurden; Gaius deutet damit nur an, daß an dieser Stelle der Formel die causa debendi angegeben werden müsse. Alsdann mußte er aber auch, um verständlich zu sein, ein Beispiel hinzufügen. Und welches andere konnte dieses sein als si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum est, welches er in §. 173. als den ersten und eigentlichen Hauptfall für diese Aufhebungsart angegeben hatte? Da aber das nexum aes als Darlehen abgekommen war und der — auch schon weiter abliegende — Fall des legatum per damnationem in §. 175. besonders abgehandelt wird, so bleibt nur der der Evictionsleistung wegen einer mancipierten und tradierten res mancipi übrig, von welchem Rechte des nexum Gaius nach 2, 26. gehandelt haben wird. Was nun aber so der Sinn fordert, damit stimmen auch die Zeichen der Scheden überein. Hiernach restituiere ich jetzt nach eo nomine: *ūūl.* | *m̄cipi sum damnas* = velut lege mancipii sum damnas, so daß die ganze Formel nun lautet:

QVOD EGO TIBI TOT MILIBVS eo nomine velut LEGE MANCIPII SVM DAMNAS, SOLVO LIBEROQVE HOC AERE AENEAQVE LIBRA HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQVE SECVNDVM LEGEM POBLICAM.

Ich schließe hieraus, daß die Evictionsverpflichtung bei der Mancipation noch besonders von dem mancipio accipiens durch eine lex mancipii nuncupiert wurde, was auch an sich wahrscheinlich ist.

III, 176.

nam tunc proinde athuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuissem.

Man muß nothwendig vor proinde hinzufügen (*prior*); dieses steht in Justinians Institutionen und ist in der HS. des Gaius nur von proinde verschlungen worden.

III, 177.

forte si condicio vel sponsor aut dies adiciatur aut detrahatur.

Schon Lachmann hat angedeutet, daß vel dies (statt des hand-

schriftlichen adies) stehen müsse. Man muß aber überhaupt schreiben: si condicio vel (*dies vel*) sponsor adiciatur aut detrahatur, wie es die parallele Institutionenstelle (vgl. auch L. 8. C. de novat. 8, 42. vel conditionem seu tempus addiderit vel detraxerit, vel minorem cautionem acceperit) und die Zusammengehörigkeit von conditio und dies erfordern. Auch erklärt sich so der Fehler am leichtesten. Der Abschreiber hatte mit vel schon das zweite vel zu schreiben geglaubt; als er aber sponsor adic zu schreiben fortfuhr, ward er seines Versehens inne und suchte es damit wieder gut zu machen, daß er adies adiciatur schrieb.

Die adiectio oder detractio sponsoris ist aber so zu verstehen, daß, wenn zuerst stipuliert war: centum dare spondesne? die folgende Stipulation lautete: centum dare cum sponsore oder satisdato spondesne? (vgl. L. 112. §. 1. D. de verb. obl. 45, 1.) oder umgekehrt. Die Proculianer nahmen hier den Zusatz cum sponsore nur demonstrativ, d. h. für eine überflüssige Bemerkung, daß auch noch ein sponsor für den Hauptschuldner sich verpflichten würde. Wogegen die Sabinianer darin zugleich das Versprechen einer satisdatio und folglich eine Veränderung des Obligationsobjects sahen. Es kann das eine und das andere Absicht der Parteien sein und danach hat die eine oder die andere Schule Recht. Nicht aber ist der Streit derselben so zu verstehen, ob die bloße spätere Verpflichtung eines Bürgen für den Hauptschuldner oder der Erlaß einer Bürgschaftsschuld eine Novation bewirke. Hier würde nicht in posteriore stipulatione novum esse, da ja im zweiten Falle gar keine Stipulation abgeschlossen würde, und die sponsoris adiectio oder detractio nicht mit der einer Bedingung oder Zeitbestimmung gleichstehen. Auch kann man nicht L. 1. §. 10. 11. D. de separat. (42, 6.) dagegen anführen, wo der Empfang eines Bürgen vom Erben des Schuldners als eine Novation der Erbschaftsschuld angesehen zu werden scheint. Denn bei der Frage, ob man Separation erlangen könne, hat der novandi animus nicht den Sinn der eigentlichen formellen Novation; es kommt dort blos darauf an, ob man sich in Beziehung auf das Schuldverhältniß so mit dem Erben eingelassen hat, daß man ihn freiwillig gleichsam als einen neuen Schuldner statt des Erblassers anerkannte, was denn auch ohne alle Stipulation geschehen kann und allerdings auch darin liegt, daß man ihm gegen Stellung von Bürgen oder Pfändern auf's Neue Credit gibt. Darüber wird aber unter den Schulen Einverständniß obgewaltet haben, daß ihre Streitfrage eben

sowohl gelte, wenn die Bürgschaft in der Stipulation stillschweigend vermöge einer vorhergegangenen Verabredung mit verstanden, als wenn sie auch ausdrücklich in den Worten der Stipulation erwähnt sei. Der Gebrauch der Stelle zum Erweis des (ohnehin falschen) Satzes, daß der Adpromissor nur unmittelbar neben Eingehung des Hauptgeschäfts gültig habe verpflichtet werden können (Becker processual. Consumtion S. 189.), setzt ein völliges Mißverständniß derselben voraus.

III, 184.

In der hier noch gebliebenen Lücke hat Lachmann mit den Worten unius diei an ohne Zweifel das Richtige getroffen und ich ziehe dagegen meine frühere Vermuthung zurück. Dagegen scheint mir nun die ganze Lücke so ausgefüllt werden zu müssen:

set et illorum sententia, qui existimaverunt, donec perferret' (perferretur) eo, quo fur destinasset, deprehensum furtum *mf. tum* (manifestum) *esse, a plerisq.* (que) *impro*bata ē (est), qu*oniam* mov*er*et dubitation̄ (dubitationem), *utrum* || unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit.

Gaius konnte diese Ansicht nur als a plerisque improbata bezeichnen, weil sie von Julian vertheidigt und später sogar herrschende Ansicht wurde. L. 3. §. 2. L. 4. 5. D. de furtis (47, 2.).

III, 198.

unde illut quaesitum est, cum Titius servum meum sollicitarit, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perferret, (*et servus*) id ad me pertulerit, ego, dum volo Titium in ipso delicto deprehendere, permiserim servo, quasdam res ad eum perferre, utrum furti, an servi corrupti iudicio teneatur Titius mihi, an neutro. responsum, neutro eum teneri.

Dieser Text ist nach §. 8. J. de obligat. quae ex delicto nasc. (4, 1.) zurechtgemacht und weicht bedeutend von der HS. ab. Halten wir uns an diese selbständig, so gewinnen wir folgende weit vorzüglichere Satzbildung und Lesart:

unde illut quaesitum et probatum est: Cum Titius servum meum sollicitaret, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perferret, (*servus*) id ad me pertulit. ego, dum volo Titium in ipso delicto deprehendere, permisi servo, quasdam res ad eum perferre. quaesitum est, utrum furti, an servi corrupti iudicio

teneatur Titius mihi, an neutro? responsum, neutro eum teneri.

Im Ganzen ähnlich ist die Darstellung bei Theophilus. In Justinians Institutionen ist et probatum weggelassen und das Ganze in Eine Periode gebracht worden, weil er den Fall nicht, wie Gaius, blos aus einer Sammlung von Responsen abschrieb, sondern als eine Streitfrage unter den alten Juristen hinstellte, um seine Entscheidung derselben anzuknüpfen. Für quaesitum est utrum hat die HS. blos *qe umtrum* (vielleicht *qestutrum*) und man hat bisher die beiden ersten Buchstaben für einen bloßen Irrthum des Abschreibers gehalten. Q. E. kommt aber als Sigle bei Paulus Diaconus vor, der sie freilich irrig quaerendum est auflöst; sie entspricht der bekannten Sigle re für responsum est. Auch ist die Sigle für quaestio bekannt.

III, 206.

ita is quoque utendo commodum percipiendo similiter necesse habet custodiam praestare.

Göschen hatte statt is richtig hic aus dem hi der HS. gemacht; denn nur hic ist der Gegensatz von illi. Außerdem ist utend*i* zu verbessern.

III, 207.

eius nomine depositi non tenetur.

Cod.: eius non omnino e depositie etc. Dieses scheint aus eius nomine āōne (actione) depositi entstanden, indem der Abschreiber das erste n für die Sigle von non nahm; das n zwischen o und e scheint aber nur unsichtbar geworden zu sein.

III, 209.

quam qui rapit.

Man muß zur Hebung des Gegensatzes und zur Erklärung der nachher erwähnten actio vi bonorum raptorum mit den Institutionen qui vi rapit lesen. Das vi liegt in dem q́ der HS. eben so, wie 3, 208. alienovendo für alienam amovendo steht.

III, 212.

Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur, sed sane si servo occiso plus dominus capiat damni, quam pretium servi sit, id quoque aestimatur.

Statt sane si hat die HS. sane i. Der Fehler liegt aber sicher in dem hier gar nicht passenden sane. Wir lesen sed s̄alie*no* (sed si alieno) servo. Vgl. §. 218. not. 20. set = si et(*iam*). Nicht blos in der Relation der Vorschrift des Gesetzes selbst 3, 210., sondern auch später §. 219. wird das alienum esse als Voraussetzung der Klage stets erwähnt. Am Schlusse des §. ist zu ex quadrigis equorum statt des uns geläufigeren ex quadriga wegen des Sprachgebrauchs Gell. 19, 8. zu vergleichen.

III, 213.

Cuius autem servus occisus est, is liberum arbitrium habet, vel capitali crimine reum facere eum, qui occiderit, vel hac lege damnum persequi.

Die eine Rechtsverfolgung schließt jedoch die andere nicht aus. §. 11. J. ad leg. Aquil. (4, 3.) mit Theophilus. L. 14. §. 1. D. de praescr. verb. (19, 5.) Und wahrscheinlich hatte dieses schon in der Lex Aquilia selbst seinen Grund. Cicero sagt pro Tull. 9.: Et cum sciret, de damno esse legem Aquiliam, tamen hoc ita existumavit, apud maiores nostros, cum et res et cupiditates minores essent et familiae non magnae magno metu continerentur, ut perraro fieret, ut homo occideretur, idque nefarium ac singulare facinus putaretur etc. Sollte sich nun die Lex wegen eines nefarium ac singulare facinus mit einem bloßen privatum iudicium fast nur auf Schadensersatz begnügt, sollte sie zu einer Zeit, wo auch der, welcher seinen eigenen Stieren freventlich umgebracht hatte, dem publicum iudicium unterlag (die Verfassung des Serv. Tull. S. 217.), nicht ein eben solches wegen doloser Tödtung eines fremden Sclaven angeordnet haben? Das capitale crimen, welches Gaius erwähnt, ist zwar das der Lex Cornelia de sicariis (L. 23. §. 9. D. ad leg. Aquil. 9, 2. Collat. 1, 3. §. 2. L. 1. §. 2. D. ad leg. Corn. de sicar. 48, 8.). Aber, daß die Römischen Juristen in Privatrechtssystemen bei Erklärung der Lex Aquilia stets auch des publicum iudicium wegen Tödtung eines fremden Sclaven gedenken, scheint zu verrathen, daß auch die Lex selbst darüber etwas angeordnet habe, an dessen Stelle später nur die Lex Cornelia trat. Eine unmittelbare Bestätigung dieser Vermuthung könnte man in L. 7. §. 1. D. de iniuriis (47, 10.) finden wollen. Nachdem hier Ulpian bemerkt hat, wegen eines injuriös getödteten Sclaven sei dem Herrn die Injurienklage nicht zu ertheilen, damit nicht der Criminalanklage aus der Lex

Cornelia präjudiciert werde, fährt er fort: Atquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt iudicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quominus et privato agamus. Est hoc verum: sed ubi non principaliter de ea re agitur, quae habet publicam executionem. Quid ergo de lege Aquilia dicemus? nam et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum, non principaliter; nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est. at in actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno, ut vindicetur, non ut damnum sarciatur. Der mittlere Theil der Stelle ist unverständlich; man verbessere: Quid ergo de lege Aquilia dicemus? num et ea actio principaliter hoc continet, hominem occisum? Non principaliter; nam ibi etc. Hinsichtlich des Sinns scheint nun Ulpian zu sagen, daß in Betreff eines injuriös getödteten Sclaven die Hauptabsicht der Lex Aquilia auf Ertheilung einer Schadensersatzklage gegangen sei; also, dürfen wir weiter schließen: nebenbei führte sie auch eine Criminalanklage auf Strafe ein. Doch läßt sich auch eine andere Auslegung denken, die mir vorzüglicher scheint. Ulpian will nämlich nicht Schadensersatz- und Strafklage mit einander vergleichen, sondern die mittelbare Wirkung der Schadenszufügung durch das occidere hominem und das darin unmittelbar liegende Verbrechen der Menschentödtung. Er will also sagen: Die Lex Aquilia betrifft zwar auch einen homo occisus; aber ihr Hauptaugenmerk ist dabei nicht die Menschentödtung als solche, sondern der dadurch zugefügte Schade, so daß jene nur mittelbar für sie in Betracht kommt. So genommen, enthält die Stelle keine Bezugnahme auf eine von der Lex nebenbei eingeführte Criminalanklage de servo occiso. Unbedenklich beziehen wir aber hierauf Cic. Brut. 34. Atque eodem tempore accusator de plebe L. Caesulenus fuit, quem ego audivi iam senem, cum ab L. Sabellio multam lege Aquilia de iustitia petivisset. Die Lex fügte also zu ihrem ersten Capitel, so weit es einen fremden Sclaven betraf, noch eine vor dem Volk zu erstreitende multa, wahrscheinlich mit Angabe einer bestimmten Summe (wohl 10,000 Asse als damaligem höchsten Normalwerth eines Sclaven) hinzu. — An den Worten de iustitia in der Stelle des Cicero hat man längst gerechten Anstoß genommen. Die Erklärung Cannegieters und Bachs: ex iusto, welche noch Mühlenbruch zu Heineccius Antiquit. iurispr. Rom. p. 616. billigt, kann eben so wenig befriedigen, wie die Emendation der ältern Herausgeber de iniuria oder die von Orelli und dem neuesten Herausgeber H. Meyer in den Text aufgenommene Conjectur Hofmans damni

iniuria — geläufige Ausdrücke, welche keinem Abschreiber in de iustitia zu corrumpieren eingefallen sein würde. Das Richtige ist de *rupitia* (von rumpere wie saevitia von saevire, infitia von infiteri u. s. w.), welches unbekannte Wort, mit dem die zwölf Tafeln Aquilische Schadenszufügungen bezeichneten, die Abschreiber sehr natürlich in das so ähnliche und bekannte de iustitia verwandelten. Vgl. darüber Zeitschr. Bd. 13. S. 261., wozu ich nur noch bemerke, daß das Zwölftafelgesetz wahrscheinlich lautete: Rupitias qui iniuria faxit,.... sarcito: denn die Worte qui iniuria faxit kommen auch in dem Gesetz der zwölf Tafeln wegen der arbores sectae vor. Plin. 17, 1. Außerdem wurden, wie wir später sehen werden (zu 3, 223.), wahrscheinlich noch Vernichtung der res mancipi und übrige Brüchte und danach verschiedene Werthe, womit sie ersetzt werden sollten, unterschieden. Die Lex Aquilia, ohne Zweifel noch aus der Zeit der legis actiones, kannte noch keine andere Benennung der Vergehen, über welche sie gegeben wurde, als die des bis dahin geltenden allgemeinen Zwölftafelgesetzes, an dessen Stelle sie trat. Daß man sie später (schon Cic. pro Tull. 8. 42.) de damno nannte, hatte in der Erweiterung seinen Grund, welche sie dem Begriff der rupitia gegeben, in dem sie nicht blos occidere im ersten Capitel und im dritten neben dem allgemeinen ruptum (Gai. 3, 217.) noch andere Ausdrücke gebrauchte, sondern auch im zweiten nach einem ganz abstracten Begriff der Schadenszufügung die Zerstörung einer Obligation durch den adstipulator bestrafte, daher denn auch die Prätoren mit vollem Rechte ex sententia legis Aquiliae utiles de damno actiones in Fällen gaben, wo von einem rumpere nicht die Rede sein konnte. Während aber so der privatrechtliche Theil der Lex der spätern freiern Entwickelung des prätorischen Rechts anheim fiel, hielt sich ihre Anordnung einer multa wie der ganze damalige ordo iudiciorum publicorum formell noch innerhalb der alten stricten Auffassung und Bezeichnung des gesetzlichen Rechts, so daß lex de damno den privatrechtlichen, de rupitia den criminellen Theil ihrer Vorschriften bezeichnete. Vgl. §. 11. J. h. t. Hieraus möchten wir noch lieber als aus der frühern Zeit (die Anklage des Cäsulenus fiel lange vor der Lex Cornelia in Cicero's Jugendjahre) es erklären, daß die multae petitio des Cäsulenus ex lege Aquilia de rupitia geschah.

Ganz mißverstanden scheint die Stelle des Cicero von Rudorff Zeitschr. Bd. 14. S. 388., der den Ausdrücken multa (hier offenbar im technischen Sinne gesetzt) und accusator Gewalt anthut, wenn er

jenen von einer poena privata, diesen von einem Kläger in fremder Privatsache (nämlich der actio privata ex L. Aquilia) deutet.

Die Stelle der Lex Aquilia über die multa wegen eines getödteten Sclaven wird A. Ofilius in seine Bücher de legibus nicht aufgenommen haben, weil sie durch die Lex Cornelia abgeschafft war. Dieß macht es erklärlich, warum die spätern Juristen zwar noch traditionell bei Auslegung der Lex Aquilia auch von den criminellen Folgen der Tödtung sprachen, dabei aber nur noch der Lex Cornelia gedachten.

III, 214.

si clodum puta aut luscum servum occiderit, qui in eo anno integer fuerit, (*ut non quanti mortis tempore, sed quanti in eo anno plurimi fuerit*) aestimatio fiat.

Das Einschiebsel, für welches der aus anderer Quelle geflossene §. 9. J. h. t. keine Autorität abgeben kann, erklärt das Beispiel nicht in seiner Eigenthümlichkeit, was doch die Natur des Beispiels erheischt. Wir lesen daher

si (*qui*) clodum puta aut luscum servum occiderit, qui in eo anno integer fuerit, (*ut non quanti clodus aut luscus, sed quanti integer fuerit*) aestimatio fiat.

Aus der Wiederkehr der Worte integer fuerit begreift sich auch die Auslassung dieser Zeile leichter.

III, 215.

Capite secundo in adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur.

Kritisch ist hier nur zu bemerken, daß nach der handschriftlichen Lesart ēetati das grammatisch und dem Sinne nach allein richtige est, tanti näher liegt, da das zweite e nur irrig wiederholt ist. Im ersten und dritten Capitel wurde die Aestimation im Präteritum (fuit) ausgedrückt, weil sie aus dem vergangenen Jahr oder Monat entnommen werden sollte; im zweiten, wo die Aestimation sich nach dem gegenwärtigen Werth der Obligation richtete (denn einen Courswerth der Obligationen kannte man damals noch nicht), konnte sie nur im Präsens ausgedrückt werden.

Wichtiger als diese Bemerkung ist eine richtige Auffassung der Bedeutung des zweiten Capitels der Lex Aquilia überhaupt. Dar-

über hat Rudorff (Zeitschr. Bd. 14. S. 385. flg.) folgende Ansicht aufgestellt.

Um das Räthsel zu lösen, wie diese Klage gegen den Adstipulator mitten zwischen die Bestimmungen über die Tödtung von Sclaven und Vieh und über die Beschädigung von Sachen gerathen sei, müsse man annehmen, der darin gemeinte Adstipulator sei nicht jeder Adstipulator, sondern der in der Aquilischen Klage. Bei Gaius sei zwar keine Spur von einer solchen Beschränkung wahrzunehmen, allein er habe das Gesetz „mangelhaft aufgefaßt." Auch könnte die Interpretation schon vor ihm die Vorschrift des Gesetzes auf alle Adstipulation im Processe ausgedehnt haben.

Das Mißverständniß des Gaius müßte nun allerdings ein sehr gründliches gewesen sein, da er nicht blos von der Beschränkung der Vorschrift des zweiten Capitels auf den Fall des Adstipulators in einem Aquilischen Proceß nichts weiß, sondern auch nicht einmal den Adstipulator im Processe überhaupt in seinen Institutionen ausdrücklich erwähnt.

Wir sollten glauben, daß die neue Ansicht schon hierdurch allein von dem Vertrauen auf die Richtigkeit des Resultats einer blendenden Combination sich hätte abhalten lassen müssen.

Dazu kommt aber, daß die Stellung des zweiten Capitels, wenn sie ein Räthsel wäre, durch diese Ansicht noch räthselhafter werden würde. Denn welche Vernunft wäre darin, eine nur accessorische Bestimmung wegen Vereitelung des Processes aus dem ersten oder dritten Capitel der Lex zwischen diese beiden, gleichmäßige Hauptbestimmungen enthaltenden Capitel einzuschieben? Oder soll sie sich — wie es nach einer Aeußerung S. 390. den Schein hat — blos auf die Schadenszufügung des ersten Capitels beziehen, welchen denkbaren Grund könnte dieses haben?

Hiernach wird es nicht nöthig sein, auch noch die unbegründeten Voraussetzungen und widersprechenden Resultate aufzudecken, in welche diese Ansicht sich verwickelt, um einen Grund nachzuweisen, weshalb die Klage gegen den läugnenden Adstipulator auf's Doppelte gegeben worden sei.

Dagegen ist es Pflicht, die schon früher vorgetragene richtige Ansicht gegen die Zweifel in Schutz zu nehmen, welche ihr Rudorff entgegengesetzt hat.

Meine Ansicht geht davon aus, daß Aquilius nach dem allgemeinen Zwölftafelgesetze über Brüchte (rupitias qui iniuria faxit....

sarcito) und dessen etwaigen Entwickelungen durch spätere Gesetze eine neue durchgreifende Gesetzgebung über Schadenszufügung bezweckt habe, die sich von der frühern besonders darin unterschied, daß sie sich von der sinnlichen Auffassung der Beschädigung durch körperliche Zerstörung (rupitia) zu der abstracter juristischen der Zerstörung oder Aufhebung eines Vermögensrechts (damnum factum) erhob — ähnlich, wie um jene Zeit die Lex Furia den Verjährungsbegriff der zwölf Tafeln auf die Bürgschaftsobligation ausdehnte — den Unterschied zwischen wichtigen und geringeren Beschädigungen ebenfalls materieller bestimmte und eine strengere Proceßart einführte. Jene Voraussetzung ist nun nicht etwa bloße Vermuthung, wie Rudorff anzunehmen scheint; sie beruht auf dem unverwerflichen Zeugniß des Ulpian L. 1. pr. D. ad leg. Aquil. (9, 2.) Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non est necesse. Sie wird außerdem durch den allgemeinen Gegenstandsnamen des Gesetzes und durch seinen Inhalt selbst bestätigt. Es widerspricht aber auch jener Voraussetzung und dem Zeugniß des Ulpian begreiflich nicht, daß die Lex specielle Gesetze wegen einzelner Arten von Schadenszufügungen unberührt ließ, wie das im Interesse des Ackerbaues und nach einer wesentlich anderen Voraussetzung (furtim) gegebene Gesetz der zwölf Tafeln über die arbores furtim caesae; denn lex generalis non derogat speciali.

Nach den angegebenen Gesichtspuncten unterschied nun die Lex Aquilia zuvörderst bestimmte Hauptschadenszufügungen von den übrigen unbestimmten und partiellen oder geringen. Jene waren völlige Zerstörungen, und zwar theils derjenigen körperlichen Sachen, welche in jener Zeit die Grundlage des Vermögens der Römer bildeten, Sclaven und vierfüßiges Vieh; theils der unkörperlichen Sachen, näher der relativen Sachenrechte (Obligationen) — da bei Servituten und Erbschaften ein widerrechtliches Vernichten derselben völlig undenkbar ist — so weit jene durch eine positive widerrechtliche Einwirkung eines Andern vernichtet werden konnten, wohin nur das Verhältniß des adstipulator gehörte. Hinsichtlich der Bedeutung dieses Verhältnisses erfordert es ein nüchterner historischer Sinn, vor Allem bei der einzigen directen Belehrung, welche wir darüber besitzen, stehen zu bleiben. Gai. 3, 117. adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur: quod stipulando quia nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram

agat: qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi nostro tenetur. Hiernach bediente sich also seiner z. B., wer etwas auf sein Begräbniß oder die Erhaltung seines Grabdenkmals oder den Cult seiner Manen Bezügliches sich ausbedingen wollte, und in der alten Zeit, wo sacrorum summa fuit observatio (Gai. 2, 55.) mag eben dieser Fall den Pontifices, den damaligen Rechtsbildnern den Anlaß gegeben haben, die adstipulatio aufzubringen. In der Folge kamen aber andere hinzu, z. B. der auch nicht seltene, daß eine Frau für den Fall ihres Todes in der Ehe sich die Dos restipulierte. Unwahrscheinlich ist dagegen Rudorffs Ansicht (zu Puchta's Instit. II. §. 156. Anm. c.), daß die Adstipulatoren zur Zeit der Legis-Actionen ein Surrogat der Proceßvertreter gewesen seien (vgl. auch Keller Civilproc. Not. 640). Denn in den seltensten Fällen denkt man wohl schon beim Contrahieren an Abhaltungen vom eigenen Proceßführen. Wie aber vor Anerkennung der Repräsentation des Erblassers durch den Erben (d. h. doch wohl vor Einführung des Erbrechts?) man für Klagen des Letztern Namens des Erblassers durch Adstipulatoren und Adpromissoren geholfen habe (Rudorff a. a. O.), ist mir ganz unverständlich. Nach dem Aufkommen der die in ius Vocationen vertretenden Vadimonien scheinen aber auch dafür häufig Adstipulatoren zugezogen worden zu sein, wahrscheinlich so, daß man den Adstipulator zugleich zum Cognitor in der Hauptsache ernannte — eine für alte oder kränkliche Personen erwünschte Hülfe. Erschien hier der Promissor am festgesetzten Tage nicht, so konnte er vom Adstipulator sofort auf das Strafgeld belangt werden. Führte aber später auch der Stipulator seine Sache selbst, so diente ihm der Adstipulator zum Zeugen für das abgeschlossene Vadimonium, wenn auch solche Zeugnisse wegen des Interesses des gewöhnlich belohnten Adstipulator und Cognitor häufig verdächtigt wurden (Cic. pro Quint. 18.).

Die Adstipulation überhaupt — keineswegs blos die im letzten Falle — war nun eine von den mancherlei Besorgungen fremder Geschäfte, wie Advocatur, argentaria, Coemptionatur, Cognitur u. s. w., welche gewerbemäßig betrieben wurden (Cic. in Pison. 9. Sueton. Octav. 3.); mit der Rolle eines Accusator hatte sie aber gar nichts zu schaffen. Auch mußte die Anwendung des Adstipulators für den Proceß seltener werden, als Mark Aurel das solemne denuntiationis den Vadimonien substituierte und die Procuratoren immer häufiger wurden; denn diese adstipulierten nicht, sondern stipulierten in dem Vadimonium als Hauptgläubiger (L. 14. D. si quis caution. 2, 11.),

wogegen die Hauptfälle der Adstipulation bis auf Justinians Abschaffung des Grundsatzes post mortem suam dari inutiliter stipulari sich erhalten haben.

Da nun die Adstipulation formell das Recht gegen eine Person betraf, welches endlich zu deren ductio, also einem dem Eigenthum am Sclaven (Cap. 1.) ähnlichen Verhältniß führte, materiell in der Regel auf bedeutende Forderungen ging, so rechtfertigt sich ihre Hervorhebung im zweiten Capitel der Lex vollständig. Wandte doch auch die Lex Furia die Verjährungszeit nicht der beweglichen, sondern der wichtigen unbeweglichen Sachen auf die Bürgschaftsobligation an. Erst den zweiten Rang konnte aber das Vergehen des Adstipulators einnehmen, weil es theils keine ursprüngliche rupitia war, theils dem Stipulator ja auch schon das mandati iudicium zu Gebot stand.

Das dritte Capitel begriff dann alle übrigen blos partiellen und unbestimmten Brüchte. Bei ihnen wurde auch die Abschätzung in demselben Maaße gemildert; denn der Monat steht zum Jahr des ersten Capitels in dem Verhältniß der uncia zum as, dem Normalverhältniß des Theils zum Ganzen.

Endlich machte aber die Lex auch den Ungelegenheiten, die sich aus der Zwölftafelbestimmung sarcito ergaben, ein Ende. Die legis actio daraus konnte nur auf sarcire oportere lauten, also auf ein facere, wie die Klage wegen der talio bei Injurien. Denn sarcire (= damnum solvere, praestare Fest. s. v.) ist ein factischer Ausdruck, der nicht die Entrichtung des Geldeswerthes, sondern die natürliche Wiedergutmachung der Brüchte (vgl. sarta tecta, sartores u. s. w.) bezeichnet, z. B. durch Verschaffung eines eben so guten Sclaven statt des getödteten[15]). Da es nun gewöhnlich zu keiner Vereinbarung unter den Parteien gekommen sein wird, welches andere Thier z. B. ein hinlänglicher Ersatz für das getödtete sei, so behielt der Richter eine ungemessene, zu den größten Parteilichkeiten führende Willkühr, ähnlich wie bei den multae dictiones, so lange sie nicht gesetzlich zu Gelde abgeschätzt waren, und endlich mußte es nach der Condemnation doch zur

---

[15]) Die Decemvirn bedienten sich desselben Ausdrucks auch in dem Gesetz wegen fahrlässiger Anzündung eines Hauses oder Getraideschobers in der Nähe eines Hauses. L. 9. D. de incend. ruina (47, 9.) — si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur, aut si minus idoneus sit, levius castigatur. Der Sinn ist auch hier der des factischen Wiedergutmachens eines angerichteten factischen Schadens (noxia) ohne den Zweck einer Strafe.

litis aestimatio kommen. Deshalb ertheilte nun die Lex von vornherein einen Anspruch auf das, was das Ende des alten Verfahrens gewesen war, indem sie gleichsam Richterstelle einnahm, nämlich auf quanti ea res fuit (est), tantum aes dari [16]), so daß dem Richter nur die Ermittelung des Factischen blieb, stellte den Anspruch — damit der Beklagte ohne Umzüge den Geldersatz leistete — auch äußerlich durch die Wendung dare damnas esto unter das Princip der Damnation (der canonistischen excommunicatio lata sententia vergleichbar), mithin einer in Grund und Umfang gewissen Forderung und gab daher die Klage, damals noch die legis actio per manus iniectionem pura (das Recht des Nexum S. 142.), gegen den Läugnenden auf's Doppelte [16*]). Ohne Zweifel stand diese letzte Vorschrift erst hinter den drei Capiteln, da sie sich auf alle bezog, und dieses ist auch das na-

---

[16]) Rudorff muß das, was ich über das Zwölftafelgesetz, und das, was ich über die Lex Aquilia gesagt (Bd. 13. S. 31—33. S. 262 nicht 252.), verwechselt haben, sonst kann ich mir nicht erklären, wie er einen Widerspruch in meinen Aeußerungen hat finden können. — Die Bestimmung der Lex Aquilia, wodurch der klägerische Anspruch sofort auf die richterliche Aestimation gerichtet wurde, ohne Zweifel die erste dieser Art, ist processualistisch ungemein wichtig; sie bildet den unmittelbaren Uebergang von dem ipsam rem condemnare (Gai. 4, 48.), worauf erst bei ausbleibender Leistung die litis aestimatio folgte, zu dem Princip des prätorischen Processes nach Aufhebung der legis actiones, in welchem die Klage stets sogleich auf die pecuniaria condemnatio lautete. In diesem Princip wurde die legis actio per manus iniectionem pura gleichsam zur allgemeinen gemacht, alle Klagen auf das von vornherein ertheilt, was ehemals erst Resultat eines Processes gewesen war. Ebendamit verlor nun aber auch die Executivclausel dare damnas esto in Gesetzen oder Testamenten ihre eigenthümliche Bedeutung und hieß nur so viel wie dato oder debeto, so daß aus den Gesetzen dieser Art stets eine gewöhnliche condictio ex lege galt.

[16*]) Nicht leicht ist die Frage zu beantworten, wie eigentlich die Klage nach Einführung der Formeln gelautet habe. Ich habe (Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 13. S. 32.) die intentio angenommen: quantam pecuniam ob eam rem N. N.um A. A.o dare oportet. Das wäre jedoch eine condictio incerti, während die Klage nach L. 9. pr. §. 1. D. de reb. cred. (12, 1.) eine condictio certi gewesen sein soll. Richtiger möchte daher folgende Ansicht sein. Die Lex gab dem Kläger eine Forderung auf quanti id in eo anno (XXX diebus) plurimi fuit, tantum aes dari — also eigentlich doch auf eine objectiv gewisse, wiewohl erst durch eine Schätzung zu ermittelnde Geldsumme. Sache des Klägers, der ja zu fordern und wie man annahm (§. 10. J. de L. Aquil. 4, 2.) nach seinem Interesse zu fordern hatte, war es eben damit, auch die gewisse Geldsumme anzugeben, da das Gesetz nichts von einer richterlichen Ae-

türlichste Verständniß von Gaius Worten L. 2. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9, 2.): Et **infra** deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset, die bei einer vollständigen, vor Mißverständniß bewahrenden Auslegung des ersten Capitels vorkommen und nicht heißen können, daß dieser Satz unmittelbar auf die Vorschrift des ersten Capitels gefolgt sei.

Daß endlich das Gesetz in diesem letzten Capitel außer diesem neu eingeführten Falle auch alle übrigen, in denen lis infitiando crescit in duplum, zusammengestellt und damit die letzte Art von Schadenszufügung — die im Proceß durch Verwandlung einer in Grund und Umfang gewissen Obligation in die ungewisse der litis contestatio [17]) — umfaßt habe, ist aus innern und äußern Gründen von mir vertheidigt worden (Zeitschr. Bd. 13. S. 267 flg.), die mir durch die neueste Abhandlung über diesen Gegenstand nichts an ihrem Gewicht verloren zu haben scheinen.

---

stimation gesagt hatte. Auch erwähnt L. 26. D. ad leg. Aquil. (9, 2.) einer klägerischen litis aestimatio noch vor Ernennung des Schätzungsrichters. Doch aber konnte der Kläger auch sein subjectives Ermessen nicht schlechthin für den wahren objectiven Werthbetrag ausgeben. Daher vermuthe ich die intentio: si paret N. N.um (z. B.) sestertium decem milia nummum quantive minoris id in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam A. A.o dare oportere und dann iudex tantam pecuniam oder gegen den Läugnenden eius pecuniae duplum N. N.um A. A.o condemna. So blieb die Klage ihrer Grundlage nach immer eine certi condictio. So wurde sie der bisher noch vermißte materielle Ausgangspunkt für die prätorischen Delictsklagen mit einer taxatio, deren Bedürfniß bei der Aquilischen Klage offenbar eben so gut vorhanden war. So blieb die Function des Richters in dieser Klage wesentlich die, nur die factische Voraussetzung und die Aestimation festzustellen, während die Condemnation schon in der Lex ausgesprochen war. Diese von der sonstigen abweichende Bedeutung hatte aber die richterliche Condemnation in dieser Klage, wie man besonders aus L. 40. D. ad Leg. Aquil. (9, 2.) sehen kann, wonach diese Condemnation doch wieder hinterdrein von selbst ihre Kraft verliert, wenn nach den Umständen das Interesse hinterdrein als ein irrig angenommenes sich erweist.

[17]) Cic. de offic. 3, 16. sagt: Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatus esset, dupli poenam subiret — und man stellt den Satz Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto, an den sich jener etwa mit den Worten si infitiabitur, litem duplato anschloß, in die sechste Tafel (Lehre von der Mancipation). Mir ist es aber nicht zweifelhaft, daß wenigstens der letzte in der achten (Delicts-) Tafel neben dem Gesetz von den rupitiae stand. Die infitiatio oder negative litis contestatio war hier dasselbe, wie dort die körperliche Zerstörung und jener behandelte nun die Lex Aquilia auch noch die acceptilatio des Abstipulators gleich.

Bedenkt man nun aber die allgemeine processualistische Wichtigkeit dieses Gesetzes und den innern Zusammenhang zwischen dem Princip des alten Executivprocesses (per manus iniectionem) und der Litiscrescenz, so wird man nun auch gern mit Savigny und Hugo an der Lesart der HS. bei Gaius 4, 21. de quibus ut ita ageretur, lege Aquilia cautum est festhalten. Indem die Lex angab, in welchen Fällen der legis actio per manus iniectionem die Litiscrescenz eintreten sollte, in welchen nicht (und sie mochte manche derselben abschaffen, worauf sich besonders L. 1. pr. D. h. t. beziehen dürfte), war sie genöthigt alle durchzunehmen und so galt sie seitdem eben so für die zusammenfassende Quelle der legis actio per manus iniectionem, wie die Lex Silia und Calpurnia für die per condictionem, wodurch sich das aeque bei Gai. l. c. erklärt. Auch dieser Inhalt der Lex, so wie ihre Auffassung des Schadens und ihr Ueberlenken zum Princip der pecuniaria condemnatio bestätigen übrigens die Nachricht des Theophilus, daß sie erst gegen Ende des fünften Jahrhunderts zur Zeit der letzten secessio plebis (die Theophilus ohne Zweifel meint) gegeben worden sei.

III, 218.

ac ne PLVRIMI quidem verbum adicitur. et ideo quidam *d. s.* (*diversae scholae*) putaverunt, liberum esse — — — — — diebus — — — — — adiceret, quo plurimi res fuit, vel alium, quo minoris fuit.

Göschen bezweifelt die Richtigkeit des Wortes adiiceret und bemerkt: Loci sententia haec videtur: quidam putaverunt, liberum esse *iudici arbitrium*, *ex* diebus *XXX proximis vel eum eligere*, quo p. r. f., u. eum, q. m. f. Dieser Sinn hat außer dem Bedenklichen, ein ganz sicheres Wort zu ändern, das gegen sich, daß man schwerlich geglaubt haben wird, in einer condictio dem Richter eine so große Willkühr einräumen zu dürfen, zumal da die Lex Aquilia aller richterlichen Willkühr gerade ein Ende machen wollte. Dürfen wir uns auf die aus der HS. berichteten Zeichen verlassen, so schrieb Gaius:

liberum esse ius *dat.* (datum), *ut* dt (duntaxat) de *triginta* diebus *pximis ū eum p̄r* (proximis vel eum praetor) *formulae* adiceret, quo plurimi res fuit, vel alium, quo minoris fuit.

Diese Juristen meinten also, daß der Prätor die Formel z. B. so geben sollte: Quod N. N.us se Stichum servum, cum is A. A.i ex iure Quiritium esset, vulnerasse fassus est, quantae pecuniae id

diebus XXX proximis eo die cum plurimi esset, fuisse paret, tantam pecuniam iudex N. N. A. A. c. oder: quantae pecuniae id ante diem X, quam vulneraretur, fuisse paret etc. Dabei berief man sich vielleicht auf den ähnlichen mittelbaren Einfluß, den der Prätor auf die Abschätzung schwerer Injurien ausübte (3, 224.). Doch stand dieser Meinung schon das entgegen, daß zur Zeit der Lex noch die Legis-Actionen galten, nach deren Verfahren für eine solche Einwirkung des Prätors kein Raum war. Außerdem ließ sich nicht wohl ein Grund absehen, warum bei solchen Beschädigungen anders verfahren werden sollte, als bei denen des ersten Capitels.

III, 219.

atqui alio modo damno dato, utiles actiones dantur.

Da die HS. statt des unpassenden atqui nur q̄ hat und dederit unmittelbar vorhergeht, so ist durch Gemination itq̄. zu lesen, d. h. itaque nach Magno.

Fast der gerade umgekehrte Fehler kommt am Ende des §. vor:

item si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen proiecerit etc.

Hier ist item nichts als eine irrige Gemination der beiden letzten Buchstaben des unmittelbar vorhergehenden sit, die als Sigle aufgelöst wurde. Das dann noch bleibende p der HS. ist ohne Zweifel q., mithin dem Sinne gemäß zu lesen quod si quis etc.; denn quod si bezeichnet den hier erforderlichen Gegensatz.

Endlich fordern in der Mitte Sinn und Styl des Gaius, wie auch Göschen fühlte:

et *is* ascendendo aut descendendo cecideri*t et* aut mortuus aut aliqua parte corporis laesus sit.

III, 220.

sive quis bona alicuius quasi debitoris sciens eum ipse nihil debere sibi proscripserit.

Hier ist das von Lachmann aus dem ipsi der HS. gebildete ipse unerträglich. Göschen hatte das Wort weggelassen. Ich glaube, daß es ursprünglich hinter sibi gestanden habe und als Anfang von *p̄se*derit geschrieben worden sei. Da ein Abschreiber in der Mitte eingehalten hatte, in der Meinung, das Uebrige sei irrig aus dem Schlusse des folgenden Wortes hinzugefügt, so kam das pse später nach An-

nahme des i von sibi her und in ipsi verändert hinter eum zu stehen, indem man sibi zu proscripserit zog. Es wäre also zu lesen:

sciens eum nihil debere sibi posse(*derit*) proscripserit.

Doch könnte Gaius auch geschrieben haben:

sciens eum ipsi nihil debere, (*possederit*) si*ve* proscripserit,

was aber weniger wahrscheinlich ist.

Ueber die Verbindung dieser beiden Ausdrücke vgl. 3, 79. 4, 102. Vom Recht des Nexum S. 151. Jedenfalls wäre es sonderbar, wenn Gaius das Hauptwort bei dieser Handlung weggelassen hätte. Justinian hat possessa allein, da damals die vom Gläubiger ausgefertigten Proscriptionen weggefallen zu sein scheinen.

III, 221.

itaque si ******* filiae meae, quae Titio nupta est, iniuriam feceris.

Die Ergänzung der kleinen Lücke ist bisher, wie ich glaube, deshalb mißlungen, weil man den Fehler des Abschreibers im Anfange des zweifelhaften Wortes suchte, während doch gewöhnlich die Endigungen von ihm corrumpiert worden sind. Ich bezweifle jetzt nicht, daß Gaius schrieb: veluti — seiner Sitte gemäß, ein Beispiel mit einem velut, verbi gratia u. dergl. einzuleiten. Der Abschreiber hat daraus offenbar einen Eigennamen gemacht, wahrscheinlich Velleiae; vel allein aber heißt bei Gaius nicht so viel wie velut und filiafamilias brauchte die Tochter nicht genannt zu werden, da bei Töchtern, die man selten emancipiert und die zu Gaius Zeit schon eben so selten in die Manus kamen, es sich von selbst versteht, daß sie in der Gewalt des noch lebenden Vaters stehen.

III, 223.

Poena autem iniuriarum ex lege XII tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum aut conlisum trecentorum assium poena erat, velut si libero os fractum erat; at si servo CL: propter ceteras vero iniurias XXV assium poena erat constituta. et videbantur illis temporibus in magna paupertate satis idoneae istae pecuniariae poenae.

Das jedenfalls unhaltbare Wort velut (aus ũut) ist, wie das spätere poena erat constituta zeigt, eine Corruption der letzten Buchstaben von stat*uta*, indem die ersten zugleich als irrige Wiederholung

von erat weggelassen wurden, und man muß also lesen: poena erat statuta, si libero etc.

Wegen des Schlusses der Stelle mache ich wiederholt geltend, daß die Lesart der HS. pecuniae penae ne auf pecuniae poenae ēē (esse) führt; denn pecuniae sind Geldsummen. Gaius will sagen, jene geringen Geldsummen hätten damals hinreichende Strafen zu sein geschienen. Liest man dagegen pecuniariae poenae, so entsteht der schiefe Sinn, als wenn später nicht die Geldsummen, sondern die Art der Strafe geändert, andere als Geldstrafen eingeführt worden wären. Auch sind diese Geldsummen selbst in der That die Strafen. Das Gesetz wegen der 25 Asse führt man aus Gell. 20, 1., wo die Stellung des alteri vor oder nach faxit in den Handschriften zu variieren scheint, gewöhnlich so an: Si iniuriam faxit alteri, viginti quinque aeris poenae sunto: und hält darin poenae für den Genitiv oder Dativ im Singular. Aber es lautete in den zwölf Tafeln selbst: Si iniuriam faxit, alteri viginti quinque poenae sunto, und poenae ist vielmehr Nom. Pluralis, alteri zum Nachsatz gehörig*). Vgl. Fest. v. Viginti quinque poenas in XII significat viginti quinque asses. Hier ist poenas nicht der antike Genitiv, sondern man muß poena s̄ lesen, d. h. poena sunto, so daß hier nur der Plural der ältern Redeweise in den Singular der späteren verändert ist; denn daß man ursprünglich bei diesen eine Strafe oder Buße bezeichnenden Worten den Plural setzte, wenn sie aus mehreren einfachen Bußbeträgen zusammengesetzt waren, zeigen die verwandten Italischen Dialecte, z. B. Tab. Eug. VII fin. Uebrigens beweist die Stelle des Festus zugleich, daß die Decemvirn blos die Summe gesetzt hatten und aeris bei Gellius ein Zusatz des Favorinus ist. Bei Paulus (Collat. 2, 5. §. 5.), wo Blume herausgegeben hat: qui iniuriam alteri facit, quinque et viginti sestertiorum poenam subito, zeigt das poena im Pith. et Verc., daß auch hier vielmehr subito in sunto zu verbessern war. Außerdem war aber auch statt sestertiorum (HS) asses (a.) zu emendieren. Eben so lautete die Relation des Gesetzes propter os fractum, welche Blume so gibt: si quis os fregit libero, trecentos, (si) servo, CL poenam

---

*) Hier kann es nicht fehlen, wenn es nicht ungewiß werden soll, wem die Strafe zustehe, im Vordersatze ist es überflüssig. Auch ist das Gesetz wegen os fractum und das wegen os ruptum auch so gefaßt, daß der Beleidigte als selbstverständlich im Vordersatze nicht vorkommt. Doch scheint schon Paulus Collat. 2, 5. §. 5. alteri irrig zum Nachsatz gezogen zu haben.

subito sestertiorum, vielmehr: si quis os fregit, libero CCC (so Vind.), servo CL poena sunto. Am Schluß läßt nämlich Vind. subitor sestertiorum richtiger weg und hat blos poenam, d. h. poena s̄ (sunto). Aus dem richtigen Laut beider Gesetze sieht man, daß die poena als das dem Verletzten zuständige Strafgeld ausgesprochen wurde. Ueberhaupt dürfte sich die Redensart aliquid, z. B. mors, poenae est, auch wenn man poenae als Dativ fassen wollte, nicht aus der älteren Latinität nachweisen lassen. Man sagte eben so unum ovem tibi multam dico, oder tot nummum multa esto, nicht aber tot nummi multae (Dat.) sunto.

Wir knüpfen an diese kritischen Bemerkungen einen

Excurs über die ältere Geschichte der Injurien.

Wahrscheinlich sind uns alle Bestimmungen der 12 Tafeln über die Injurien dem Inhalt nach erhalten. Wenigstens ergeben die erhaltenen, wegen deren wir überhaupt auf Dirksen Zwölftafelfragm. S. 507 flg. verweisen, ein erschöpfendes in sich geschlossenes System der Gesetzgebung über diesen Gegenstand. Die Decemvirn unterschieden

1) Verletzungen, durch welche die Ehre und Persönlichkeit des Andern selbst vernichtet zu werden schien. Solche waren nur das occentare sive carmen condere, quod infamiam faceret flagitiumve alteri, d. h. öffentliche mündliche (in schmähender Weise ausgestoßene) oder schriftliche Aeußerungen, wodurch man den Andern um seinen guten Ruf brachte, indem man ihm Böses nachsagte, oder ihn herabwürdigend behandelte, was besonders in der verächtlichen oder höhnenden Form der Aeußerung lag. Auf diese wurde nun dem Princip der Talion gemäß die Todesstrafe gesetzt und zwar die auch der Art nach dem verbis verberare entsprechendste, das fustibus ferire. Cic. de rep. 4, 10. Tusc. 4, 2. Arnob. 4, 34. Horat. Sat. 2, 1. v. 80—86. mit Porphyrio und Acron. Epist. 2, 1. v. 152. mit Porphyrio. Cornut. ad Pers. 1, 137. Fest. v. Occentassint. Paul. S. R. 5, 4. §. 6. Obgleich die Strafe capital war, scheint doch die Klage ebenso wie in den folgenden Fällen eine gewöhnliche legis actio privata des Beleidigten gewesen zu sein (Paul. l. c.). Aehnlich war es ja auch mit der Strafe des furtum manifestum und überhaupt gingen damals iudicia privata und publica noch nicht so weit auseinander.

2) Die übrigen Verletzungen, welche bei stehenbleibender Persönlichkeit begangen wurden, zerfielen in schwere und geringere Injurien.

a) Von den ersteren wurden wieder zwei Arten unterschieden. α. Zerstörung eines ganzen Gliedes: si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto. Fest. v. Talionis. Gell. 20, 1. Hier wurde also noch dasselbe Princip, wie bei der moralischen Vernichtung der Persönlichkeit selbst, befolgt, weil ein Glied auch noch gewissermaßen wieder ein Ganzes bildet. Die Bedingung, daß man sich nicht friedlich geeinigt habe, war aber ohne Zweifel auch dem Gesetze über das occentare beigefügt. β. Zerbrechen oder Zersplittern eines Knochens ohne Vernichtung d. h. Abschlagung oder Lähmung des Gliedes. Darauf setzten die Decemvirn geradezu eine feste Strafe als Schmerzensgeld, indem hier eine Talion kaum möglich war. Der Betrag desselben, 300 Asse bei einem Freien, erinnert daran, daß 3000 Asse (abgesehen von noch zwanzig aus einem andern Grunde zu erklärenden Assen) die höchste Mult für ein am Staate in seinen Beamten durch verächtliche Behandlung ihrer Anordnungen (contumacia) begangenes Unrecht waren. Von ihnen nahm man nach dem gewöhnlichen Grundsatze, daß das Staatsrechtliche, Große, zehnfach wichtiger ist als das Privatrechtliche, Kleine, ein Zehntel. Die Halbierung der Summe aber, wenn ein Sclav dieses Unrecht erlitten hatte, beruht darauf, daß dieser zugleich iure naturali Person und iure civili keine Person war. So mit den schwereren Injurien, wie sie auch Africanus bei Gell. 20, 1. auffaßt: Sed iniurias atrociores, ut de osse fracto, non liberis modo, verum etiam servis factas, impensiore damno vindicaverunt; quibusdam autem iniuriis talionem apposuerunt.

b. Alle übrigen geringeren Beleidigungen faßten die zwölf Tafeln unter dem allgemeinen, unbestimmten Namen iniuria zusammen, der deshalb später die generische Bezeichnung dieser ganzen Art von Vergehen wurde., und setzten darauf auch wieder ein festes Sühngeld. Daß dieses 25 Asse, also $1/12$ des Sühngeldes der schweren Injurie betrug, beruht offenbar auf derselben Auffassung, die wir zu 3, 215. für das Verhältniß des eben so allgemeinen dritten Capitels der Lex Aquilia zum ersten nachgewiesen haben. Man dachte es sich als einen Theil vom Ganzen, eine uncia des as. Auch erweist sich seine feststehende Bedeutung in den 12 Tafeln als Ausdruck für ein Strafgeld wegen geringer Injurien dadurch, daß sie das widerrechtliche Schlagen fremder Bäume — gleichsam eine eben solche Injurie am Grundstück, wie die an der Person, da beide einander im Recht an Würde gleichstehen (vgl. zu 3, 102.), und nicht zu verwechseln mit der mit dem Doppelten geahndeten Schadenszufügung durch arbores furtim

caedere, cingere, subsecare — mit derselben Summe für jeden Baum ahndeten[18]). Hierdurch wird es aber wahrscheinlich, daß die Unterscheidung der Lex Aquilia zwischen großen und geringen Brüchten mittels Annahme des höchsten Werthes, dort im letzten Jahre, hier im letzten Monate, auch schon aus den zwölf Tafeln stammte, wo sie sich aber noch auf den zu leistenden natürlichen Ersatz bezog, so daß z. B. für einen getödteten erst im letzten Jahre erblindeten Sclaven ein sehender gegeben werden mußte. Denn von der Unterscheidung großer und kleiner Sachen gingen ja auch sonst die zwölf Tafeln aus (Gai. 4, 14.) und ihre Gesetzgebung gegen Verletzung der Personen und der Sachen konnte nur eine harmonische sein. Die Gleichheit lag aber darin, daß bei den Injurien die ganze Forderung, bei Rupitien die Berücksichtigung des Werthwechsels der Sache reine Strafe war. Die Aenderung, welche die Lex Aquilia in dieser Hinsicht traf, wird nur die gewesen sein, daß sie auf alle quadrupedes pecudes und die verborum obligatio des Adstipulators erstreckte, was die zwölf Tafeln nur für die beweglichen res mancipi vorgeschrieben hatten, gleichwie um dieselbe Zeit auch das Gewohnheitsrecht und die Aedilen das Recht der alten auctoritatis actio durch die duplae stipulatio auf alles vierfüßige Vieh ausdehnten (das Recht des Nexum S. 208.).

Was die rechtliche Durchführung der von den 12 Tafeln gegebenen Sühnansprüche betrifft, so kamen die wegen Injurien mit denen wegen Diebstahls darin überein, daß Privaterlaß (pactum) von dem gesetzlichen Anspruch befreite. L. 7. §. 14. L. 17. §. 1. D. de pactis (2, 14.). Im Uebrigen war aber die gesetzliche Erwähnung der Erledigung der Sache durch Uebereinkunft bei beiden Delicten noch

---

18) Plin. 17, 1. Fuit et arborum cura legibus priscis, cautumque est XII tabulis, ut qui iniuria cecidisset alienas, lueret in singulas aeris XXV. Nach demselben Gedanken gibt es schon im ältesten Recht servitutes praediorum und personarum, sind Personen und Grundstücke mancipi, wird — was besonders hierher gehört — Mord und veneficium in den zwölf Tafeln ebenso wie vom Menschen unmittelbar, auch von dem ihn erhaltenden Acker verstanden und beides im Ganzen gleich bestraft. Plin. 18, 3. Frugem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capitale erat, suspensumque Cereri necari iubebant, gravius quam in homicidio convictum (wo nämlich die Todesstrafe wieder durch Blutvergießen — Enthauptung im Kerker — nicht durch schimpfliches Hängen, vollzogen wurde, ein Ersticken des Lebens im dunkeln Innern, welches dem noctu furtim des Verbrechens entsprach). Ueber das fruges alienas pellicere veneficiis s. Plin. l. c. und 18, 6. überhaupt Dirksen XIITafelfragm. S. 541. 621.

wesentlich verschieden. Beim Furtum hatten die zwölf Tafeln den Dieb selbst dazu verpflichtet, sich wegen eines damnum, d. h. eines gerichtlichen Bußgeldes [19]) mit dem Bestohlenen abzufinden, wahrscheinlich mit den Worten: si furtum faxit, alteri pro fure damnum decidito, und dann hinzugefügt, daß im Falle der Klage wegen eines furtum nec manifestum die Abfindungssumme auf's Doppelte festgesetzt (si adorat furto, quod nec manifestum escit, *duplione damnum decernito*), wegen eines manifestum aber der Dieb dem Kläger zugesprochen werden solle (etwa so: si manifestum escit, em addicito) [20]). Man erkennt dieses daraus, daß, als der Prätor später seine actio furti manifesti auf's Vierfache einführte, dieses auf Grundlage der alten intentio juris civilis mit bloßer Veränderung der condemnatio geschehen konnte, weshalb sie auch actio perpetua blieb [21]). Bei der

---

[19]) Den zwölf Tafeln und der ganzen älteren Latinität ist der spätere Begriff von damnum, wonach es einen erlittenen Vermögensschaden, selbst im Gegensatz der poena, bezeichnet und folglich lediglich nach der Seite des Beschädigten aufgefaßt wird, noch fremd; es bezeichnet vielmehr stets ein Strafübel, welches Jemanden zugefügt wird, und zwar ursprünglich das Bußquantum, welches er statt der sächlichen Privatrache erlegt, so daß es eigentlich das Recht des Verletzten auf diese Strafe ist. Daraus ist auch das Wort zu erklären. Damnum kommt nämlich ohne Zweifel von ζημία, kretisch δαμία, oder vielmehr mit diesem von δαμάω, zähmen, domare, her und bezeichnet das, womit die sächliche Rache des Verletzten gebändigt, gezähmt wird. Das eingeschobene n wie in δωτίνη und dem Oskischen medicatinom. Das Griech. unverlängerte ζημία geht dagegen auf die den Uebermuth des Delinquenten zähmende sächliche Coercition selbst, wofür die Römer multa sagen. Einen durch Delict zugefügten Schaden nannten dagegen die zwölf Tafeln noxia. Vgl. die Stellen in Anm. 23. und L. 1. pr. §. 1. D. si quadr. paup. (9, 1.). L. 5. D. ne quid in loc. publ. (43, 8.).

[20]) Wegen des hier gebrauchten Wortes decidere vgl. L. 7. pr. D. de condict. furt. (13, 1.) und L. 13. C. de furt. (6, 2.) Post decisionem furti leges agi prohibent. Außerdem ist es aus der Formel gegen den, cuius ope consilio furtum factum erat, und aus vielen Stellen bei Brisson. s. v. bekannt.

[21]) Gai. 4, 112. Vgl. die Formel 4, 37. Rudorff (Zeitschr. Bd. 14. S. 295.) meint, die zwölf Tafeln hätten schlechthin die Capitalstrafe für das furtum manifestum verordnet, und die intentio auf pro fure damnum decidere oportere sei erst vom Prätor eingeführt worden. Aber das erste widerstreitet den Zeugnissen, wonach man bei jedem Furtum decidieren mußte, das letzte dem Grundsatz, daß Praetor ius facere non potest, wohin auch das dare, dare facere, decidere u. s. w. oportere gehört. Gai. 4, 45. Man

Injurie setzten dagegen die zwölf Tafeln blos eine Strafe, und zwar eine poena (nicht damnum) fest, wenn der Beleidigte sie nicht erlasse (ni pacit — nicht decidit): weshalb, als später der Prätor eine neue Strafe einführte, auch die darauf gegebene Klage eine ganz neue war und folglich, wie alle prätorischen Delictsklagen, in einem Jahre verjährte [22]). Der Grund des Unterschiedes war folgender. Der gewöhnliche Diebstahl (also abgesehen von dem auch der Person gefährlichen nächtlichen oder bewaffneten) ist nur eine Vermögensentziehung, die nach dem das Strafrecht beherrschenden Gesetze der Talion auch nur eine vermögensrechtliche umgekehrte Entziehung hervorrufen, also eine eigentliche Straf o b l i g a t i o n, d. h. Verpflichtung, etwas vom Vermögen zur Strafe zu geben (damnum im eigentlichen Sinne), begründen kann. Die Vermögen stehen aber unter dem Recht der Personen und sind in ihren Bestandtheilen nicht, wie die Personen in ihren Gliedmaßen, natürlich, sondern nur im Tauschwerth (als pecunia) gleichartig, so daß die Talion sich hier nur in einer Festsetzung des zu gebenden Strafgeldes unter den Personen vollziehen kann. Darum geht die Verpflichtung des Diebes und aller Anderen, welche durch vermögensrechtliche Entziehung zur Strafe verpflichtet werden, auf damnum decidere oportere [23]) und darin liegt dem Sinne des Wortes gemäß

---

wende nicht das oportere in entschieden prätorischen Klagen, wie der Publiciana und andern fictitiae actiones, ein. Denn theils scheint es unächt (v. Scheurl Beiträge S. 133.), theils würde es da, wenn es ächt wäre, die logisch juristische Nothwendigkeit bezeichnen, die dann aber auch aus dem Civilrecht entlehnt ist. Vgl. meine Abh. von den Liciniern S. 106. Rudorff hat übrigens auch das damnum decidere mißverstanden.

[22]) L. 5. C. de iniur. (9, 35.).

[23]) So oft der Ausdruck damnum decidere in den 12 Tafeln vorkommt, bezieht er sich stets auf die Strafe für vermögensrechtliche Delicte durch Entziehung oder Vorenthaltung. War der Delinquent ein Unmündiger, der als solcher keine gültige decisio wegen eines von ihm zu Gebenden abschließen konnte, so sagten die Decemvirn: noxiam decernito (nämlich iudex). Plin. 18, 3. Frugem quidem aratro quaesitam furtim noctu pavisse ac secuisse, puberi XII tabulis capitale erat, suspensumque Cereri necari iubebant — — — impubem Praetoris arbitratu verberari, noxiamque duplione decerni. Eben so ohne Zweifel bei einem impubes fur manifestus, wo ich den Ausdruck bei Gell. 11, 18. noxamque ab his factam s a r c i r i für eine ungenaue Substitution aus der späteren Latinität halte, um verständlicher zu reden. Das factische noxia gebrauchten die 12 Tafeln auch bei Thieren und Sclaven, weil diese auch nicht zum damnum verpflichtet sein können.

(= etwas von dem Geforderten abschneiden und so endlich vergleichsweise übereinkommen) nur eine Strafobligation in vergleichsweise festzusetzender Höhe ausgesprochen, nicht bezieht sich der Ausdruck auf Erlaß der Strafe selbst. Die Injurie dagegen als Verletzung, nicht Entziehung, und zwar Verletzung der Person, postuliert nach dem Gesetze der Talion eine eben solche Verletzung der Person des Uebelthäters und hier kann — da Verträge etwas der Person Unterworfenes, also Sächliches, als Gegenstand voraussetzen — weder von einem damnum, noch von einem decidere, sondern nur von einem unmittelbaren persönlichen Leiden der Talion die Rede sein. Wenn aber auch das Gesetz wegen der Schwierigkeit einer wahren Talion in gewissen Fällen ihr eine Geldstrafe substituiert, so ist dieses doch kein damnum, sondern eine poena, ein bisher noch nicht richtig abgeleiteter Ausdruck, der nach seiner wahren, sprachlich allein haltbaren Etymologie von πῶυ ursprünglich auf das den Göttern dargebrachte Viehopfer, dann aber überhaupt auf Vertretung eines Büßens mit dem Leben (des ganzen Menschen oder eines Gliedes) mittels einer hingegebenen Sühne hinweist[24]), wie dieses der aries in concione subiectus des Todtschlägers und die Ausdrücke poenam dare, sumere, petere u. s. w. unwiderleglich beweisen. Das Gesetz kann daher auch nur eben so .... asses poenae sunto, wie talio esto, lauten. Der Beleidigte kann zwar seinem Gegner die Rache erlassen (pacere), wohin denn auch die Annahme einer Geldsühne gehören würde[25]), und damit erlöscht die Strafverpflichtung. Aber dieses ist dann nur sein freies Belieben und kann folglich im Gesetz nur als eine Ausnahme von der Strafverpflichtung ausgesprochen werden. Galt nun aber nicht auch ein pacisci, ein Erlaß, zur Abwendung des damnum decidere oportere des Diebes?

---

[24]) In der Strafbestimmung wegen Quasi-Injurien gegen Grundstücke durch arbores caedere (Anm. 18.) sagten daher die zwölf Tafeln nicht poena esto, weil die Beleidigung keine persönliche war und daher nicht auf die Person zurückfallen konnte; aber auch nicht sarcito, da nicht von Schadensersatz die Rede war, und nicht damnum decidito, da nichts entzogen war, sondern luito; das Vermögen des Uebelthäters, welches eigentlich in seinem Grundstück nach dem Talionsgesetz dieselbe Entstellung hätte leiden müssen, war mit einem scelus behaftet; die sühnenden 25 Asse wurden also hier eben so luiert (man denke an die lustratio agri) wie das aes nexum solviert und liberiert.

[25]) L. 11. §. 1. D. de iniuriis (47, 10.) — Proinde et si pactum de iniuria intercessit, et si transactum et si iusiurandum exactum erit, actio iniuriarum non tenebit.

Unläugbar, da die oben angeführten Pandektenstellen es ausdrücklich sagen. Aber eben deshalb müssen wir annehmen, daß das Gesetz auch darüber noch eine ausdrückliche Bestimmung, z. B. ni cum eo pacit ... pro fure damnum decidito, enthielt. Doch könnte sie auch schon stillschweigend darin gelegen haben, daß die zwölf Tafeln hier vor Angabe der Strafe, worauf der Richter den zum damnum decidere Verpflichteten verurtheilen sollte, sich so ausdrückten: si adorat furto, d. h. wenn er wegen des Diebstahls den Weg Rechtens beschreitet; denn adorare hieß nach Festus s. v. a. agere, den Prätor ehrerbietig ansprechen, und furto (sc. decidendo, vgl. L. 13. C. de furtis) adorare steht, wie finibus regundis, rationibus distrahendis, communi dividundo agere. Indem also die Strafe im Gegensatz zu dem vorangegangenen pro fure damnum decidito nur für den Fall, daß der Bestohlene wegen des Diebstahls klagte, ausgesprochen wurde, konnte man in dem decidere für den Effect der Ausschließung der Klage den allgemeineren Sinn finden, daß es die Privatbeilegung der Sache überhaupt, durch eigentliche decisio oder durch pactio, bezeichne.

Ueber den Erfolg der Klage gegen den Beleidiger wegen der Talion belehrt uns Sextus Cäcilius bei Gellius (20, 1. §. 37.):

> Quod edictum autem praetorium de aestimandis iniuriis probabilius esse his potest? Nolo hoc ignores, hanc quoque ipsam talionem ad aestimationem iudicis redigi necessario solitam. Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat; atque ita si reo et pactio gravis et acerba talio visa fuerat, severitas legis ad pecuniae multam redibat.

Ein kleiner bisher nicht bemerkter Fehler des Abschreibers in dieser Stelle hat Rudorff zu einer völligen Verkennung der wahren Geschichte des Rechts der Injurien verleitet [26]). Offenbar ist nämlich statt des von den Herausgebern zurechtgemachten his potest?, wofür alle verglichenen Handschriften ex his haben, exis(*tumas*) mit Veränderung des Fragezeichens in ein Comma zu lesen, so daß mit nolo der Nach-

---

[26]) Er selbst nimmt zwar die Fehlerhaftigkeit des Textes auch wahr, ahndet sie aber mit einer Correctur, die jedenfalls barbarischer als die Talion und doch nicht so gerecht ist. Er schreibt nämlich statt quod edictum autem praetorium: quid edicto autem praetorio, und streicht dann stillschweigend den ganzen Satz Nolo — solitam.

satz anfängt [26*]). Diese ganze Entgegnung des Cäcilius bezieht sich nämlich darauf, daß Favorinus zur Bestärkung seines Tadels der Zwölftafelbestimmungen über die Injurien sich in §. 13. auf die weit angemessenere Behandlung dieses Delicts durch die Prätoren berufen hatte (Propterea, inquit, Praetores postea hanc abolescere et relinqui censuerunt, iniuriisque aestimandis recuperatores se daturos edixerunt). Er zeigt ihm damit, daß diese Behandlung der Sache von dem Zwölftafelrecht keineswegs so abweichend gewesen sei, wie er sich gedacht habe.

Nachdem also der Kläger seine legis actio angestellt hatte (z. B. Quod tu mihi membrum rupisti neque mecum pepigisti, ob eam rem aio mihi abs te talionem esse) [27]), und ein Richter ernannt war, sprach dieser dem Kläger nach erwiesener Sache das Talionsrecht zu, worin aber materiell eine Verurtheilung des Beklagten die Talion zu leiden lag. Leistete dieser aber nicht, d. h. wollte er die Talion nicht leiden, so kam es zur litis aestimatio, und der Kläger erhielt nun wegen dieser die legis actio per manus iniectionem (Recht des Nexum S. 13. Anm. 17.).

Die ductio und das ganze Executionsrecht des Klägers gegen den nicht zahlenden iniuriarum iudicatus hatte nach den 12 Tafeln, wo noch durchgängig die alte Executionsstrenge galt, nichts Eigenthümliches. Seit der Lex Pötelia aber, welche dieselbe gegen gewöhnliche pecuniae creditae nomine damnati abschaffte, blieb sie gegen den, qui noxam meruisset, bestehen (Liv. 8, 28. Recht des Nexum S. 131 flg.). Diesen Ausdruck, der wahrscheinlich der des Gesetzes selbst war, habe ich früher auf Capitalverbrechen bezogen. Dieses ist auch nicht unrichtig, wenn nur auch die Injurien davon nicht ausgeschlossen wer-

---

26*) Wie ich sehe, hat auch Hertz in seiner neuen Ausgabe des Gellius exis[timas] geschrieben, aber das Fragezeichen stehen gelassen, womit für den richtigen Sinn noch nichts gewonnen ist.

27) Im Falle des os fractum wird die legis actio gelautet haben: Quod tu mihi os fregisti, neque mecum pepigisti, aio mihi abs te poenas esse CCC. Daß nämlich überhaupt außer einem Vorläufer der intentio auch die demonstratio schon zur Zeit der legis actiones vorhanden war, wenn man sie auch vielleicht noch nicht so nannte, zeigt die Geschichte von der legis actio de arboribus succisis (Gai. 4, 11.), deren forma, mochte man sacramento oder per iudicis postulationem klagen, auch mit der demonstratio begonnen haben muß: Quod tu mihi arbores furtim cecidisti oder succidisti, ob eam rem aio te mihi u. s. w.

den, die in ihrer Richtung auf die Person wenigstens der [illegible] nach, wenn auch nur partiell, etwas Capitales haben (vgl. L. 7. §. 1. D. h. t.) und in der ursprünglichen Privatrache in der That auch die ganze Person des Beleidigers als solche der Strafe preisgaben; denn noxam meruisse heißt doch eine Verletzung zur Strafe verdient haben, wie der Hinzurichtende, der, dem eine Hand abgehauen oder sonst wie in seiner Rechtssphäre ein Leid zugefügt werden soll. Hierbei ist auf den noch nicht erklärten Sprachgebrauch der 12 Tafeln aufmerksam zu machen, daß sie die Injurienstrafe mit talio esto — alteri poenae sunto ausdrückten, was dem sacer esto, capital esto, multa esto u. dgl. entspricht. Diese Ausdrücke bezeichnen offenbar nicht eine bloße Verpflichtung des zu Bestrafenden, wie z. B. das sarcito wegen Rupitien, das damnum decidito, luito u. s. w. wegen anderer Vergehen, wo überall der Delinquent etwas thun soll, sondern, wie in dem emptus mihi esto, eine gleichsam dingliche Berechtigung des Verletzten, die man, weil sie doch eine Strafverpflichtung, ein Leiden des Delinquenten zum Inhalt hat, mit dem Pfandrecht vergleichen kann. Eine solche ließ sich nun auch bei einem die Person selbst treffenden Strafübel allein denken. Die poena aber, z. B. der aries subiectus, hier die 25 Asse, in öffentlichen Straffällen die multa, vertrat wieder blos dieses persönliche Strafleiden. So wie also die talio in einem von dem Berechtigten ausgehenden Zerstörungsact am Leibe des Andern bestand, so mußte er auch zu den 300, 150 oder 25 Assen nach der Verurtheilung anders berechtigt sein, als wenn z. B. der Dieb zum damnum decidere um's Doppelte verurtheilt war. Er durfte die Asse sich selbst nehmen, gleichwie auch die zur Mult gesprochenen Viehhäupter ehemals vom Magistrat wirklich beigetrieben wurden (adigebantur); ließ sich aber der Verurtheilte dieses nicht gefallen, so kam es auch zur litis aestimatio, die nur hier meist auf dieselbe Summe von Assen gegangen sein wird. Mit ihr trat nun zwar die allgemeine Verpflichtung des iudicatus oder damnas ein, welche auch die Person zum Judicat gleichsam dinglich verpflichtete. Aber sie hatte hier nicht blos die formelle Grundlage des richterlichen damnas esto, sondern auch die materielle der ursprünglichen, vom Richter nur anerkannten gesetzlichen Forderung von talio esto, poenae sunto, und deshalb mußte hier das strenge Executionsrecht bleiben, auch nachdem es gegen gewöhnliche iudicati abgeschafft war.

Werfen wir auf dieses ganze Recht der Injurien einen Blick zurück, so trägt es freilich noch den Charakter einer in der Sinnlichkeit

befangenen Rechtsanschauung an sich. Die Person wird überwiegend körperlich aufgefaßt, die Strafe erscheint noch unter der Richtung einer nur obrigkeitlich vermittelten Privatrache, das Strafübel nach der äußerlichen aequitas, der Talion, und jedenfalls concret abgemessen. Doch erkennt man in dem Zwölftafelrecht auch leicht die Ueberwindung einer frühern Periode, wo noch unmittelbare Talionsrache vor der Obrigkeit gegolten hatte, so weit sie nicht durch eine poena abgewandt wurde.

Das Zwölftafelrecht über die Injurien genügte dem Römischen Volke, bis im sechsten Jahrhundert völlig veränderte Verhältnisse gebieterisch eine Umbildung erheischten. In der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts war der As auf ein Sechstheil und bald nachher auf ein Zwölftheil seines alten Gewichts reduciert worden. Der allgemein gestiegene Reichthum verminderte die Bedeutung der alten in Assen ausgedrückten Strafen noch mehr. Andererseits forderte das mit der Bildung gesteigerte Ehrgefühl schärfere und mehr nach den Umständen individualisierte Strafen gegen Vergehen, welche mit zunehmendem Luxus und Uebermuth gewiß auch nicht seltener wurden. Zum Durchbruch kam aber die Aenderung bei der Zähigkeit, mit der man am Hergebrachten festhielt, hier wie in so vielen andern Fällen — man denke an die actio de vitibus succisis, Sp. Carvilius, die Beschränkung der verbotenen Verwandtschaftsgrade u. s. w. — erst durch ein einzelnes Ereigniß, welches die Unerträglichkeit des bisherigen Zustandes zum öffentlichen Bewußtsein brachte: die bekannte Geschichte des L. Veratius, welche Gellius (20, 1.) aus Labeo's Commentar zu den zwölf Tafeln uns aufbewahrt hat. Die Zeit, in der sie sich ereignet, wird uns so wenig mitgetheilt, als der Mann, von dem sie erzählt wird, uns außerdem bekannt ist.*) Wenn er aber Jedem, der ihm begegnete, eine Ohrfeige gab und durch einen nachfolgenden Sclaven mit einem Beutel voll Assen die gesetzlichen 25 Asse auszahlen ließ, so geht daraus allein hervor, daß dieser Vorgang nicht wohl vor der Reduction

*) Hertz gibt die Stelle des Gellius so wieder: Itaque cum eam legem † cum Labeo quoque vester in libris, quos ad duodecim tabulas conscripsit, non probaret, [.....] inquit, L. Veratius fuit egregie homo improbus atque inmani vecordia. Danach glaube ich, daß in der Lücke tum ausgefallen ist, welches, am Rande ergänzt, in den Vordersatz sich verirrt hat und hier in cum verwandelt ist. Wahrscheinlich bezog es sich bei Labeo auf die Zeit nach der von ihm vorher berichteten Münzreduction. Eine nähere Bestimmung dieser Zeit erhalten wir aber dadurch nicht.

der Affe gespielt haben kann. Hatte sie aber zur Folge, daß die Prätoren nun wegen der Injurien eigene ästimatorische Klagen einführten, so muß auch schon das prätorische Klagrecht an die Stelle der Legis Actionen getreten gewesen sein (Gai. 4, 30.), eine Aenderung, welche nach unserer Ueberzeugung in die zweite Hälfte des sechsten Jahrhunderts fällt. Später als in die letzten Decennien dieses Jahrhunderts kann man aber auch den Uebergang zu dem prätorischen Recht der Injurien schwerlich setzen, da es schon kaum glaublich ist, daß man die aus der Münzreduction hervorgegangenen Mißstände so lange getragen haben sollte.

Die Neuerungen des Edicts sind uns durch die Auszüge aus den Commentatoren desselben in Justinians Pandekten, wie es scheint, ziemlich vollständig bekannt. Ohne Zweifel kamen sie erst allmählich auf und im Ganzen auch wohl in der Ordnung, wie sie von den Commentatoren behandelt werden. Ihren Abschluß erhielt aber diese prätorische Entwickelung des Injurienrechts, wie der größte Theil des prätorischen Edicts überhaupt, im Wesentlichen schon vor dem Ende der Republik. Die nachher zu behandelnde Lex Cornelia über die Injurien von Sulla setzt die prätorischen Verordnungen schon als nicht mehr durchaus genügend voraus, und fast bei allen, auch den der Ordnung nach spätesten, Edicten werden schon Aussprüche des Labeo citiert, welche verrathen, daß zu dessen Zeit sich schon eine längere Praxis auf Grund derselben gebildet hatte [27*]).

Da uns nun die ohnehin unsichere chronologische Ordnung der einzelnen Edicte weniger interessiert, so ordnen wir die Bestimmungen des prätorischen Rechts um der Uebersicht willen lieber nach sachlichen Gesichtspuncten.

1. In materieller Hinsicht unterschied auch der Prätor Injurien überhaupt und einzelne ausgezeichnete Gattungen derselben. Das erwachte Bewußtsein, daß auch die letzteren unter den allgemeinen Begriff der Injurie fallen und dieses Vergehen also in vielen Verletzungen liegen könne, mag der Klage frühzeitig den Namen actio i n i u r i a r u m gegeben haben. Mit den Injurien überhaupt, die in den zwölf Tafeln

[27*]) Ulpian L. 1. §. 7. L. 7. §§. 1. 4. 8. L. 13. §§. 4. 5. L. 15. pr. §§. 7. 16. 17. 26. 39. 42. 46. L. 17. §§. 2. 7. D. h. t. L. 4. §. 1. D. ad leg. Iul. de vi priv. (48, 7.). Auch Servius Sulpicius erwähnt derselbe L. 15. §. 32. D. h. t. Und daß das Edict wegen der servilis iniuria älter war als die Lex Iulia de vi privata, zeigt L. 4. §. 1. D. ad Leg. Iul. de vi priv. (48, 7.).

den Schluß machten, scheint das Edict des Prätors begonnen zu haben [28]), — wohl, weil der Fall des Veratius und das Unzureichende der 25 Asse ihn zuerst veranlaßten, eine eigene Klage einzuführen. Wahrscheinlich eröffnete er sein Edict darüber mit dem Versprechen, wegen Injurien ex bono et aequo Recht zu sprechen [29]), d. h. sowohl bei Ertheilung der Formel als bei Entscheidung der Sache sollten die höheren moralischen Rücksichten, die sonst nur der Gesetzgeber nehmen darf, für Prätor und Richter maßgebend sein. Die Natur eines Delicts wider die Person und deren Recht, welches mit dem allgemeinen Recht selbst zusammenfällt, brachte dieses nothwendig mit sich. Dann aber verlangte er bei der actionis editio bestimmte und specielle Bezeichnung der behaupteten beleidigenden Handlung, die allein dann in die Klagformel kam und die Höhe der Aestimation bestimmte [30]); denn bei einer infamierenden Klage durfte der Kläger seinen Gegner nicht mit Ungewißheiten belästigen [31]), und nur so hatte der Prätor selbst bei der Frage, ob die Klage zu gestatten [32]) und wie das Vadimonium zu machen, so wie der Richter bei der Aestimation einen sichern Anhalt.

Die Construction der Klagformel schloß sich dann möglichst genau an das Recht der legis actiones an. Wie dort die specielle Thatsache vorangestellt wurde (Quod tu mihi membrum rupisti, os fregisti u. s. w.), so bildete sie jetzt die demonstratio [33]). Es folgte ohne

---

[28]) Denn davon spricht Ulpian ad edictum, wo er Civilrecht und prätorisches Recht unterschieden zu haben scheint, gleich nach der noch lib. 56. behandelten Lex Cornelia zuerst. Vgl. L. 7. 9. 11. 13. 15. pr. §. 1. D. de iniur. (47, 10.).

[29]) L. 11. §. 1. D. h. t. L. 34. pr. D. de obl. et act. (44, 7.); denn der Satz Qui autem iniuriarum agit, certum dicat, quid iniuriae factum sit (Collat. 2, 6.) setzt wenigstens etwas schon Vorangegangenes voraus.

[30]) Paulus Collat. 2, 6. §§. 1—5. Ulpian L. 7. pr. §§. 1—5. D. h. t.

[31]) L. 7. pr. D. h. t. Aus dieser Rücksicht behaupteten Einige, daß hier auch die pluris demonstratio wie eine pluris petitio wirke. Gai. 4, 60.

[32]) L. 7. §. 2. D. h. t.

[33]) Gai. 4, 60. Collat. 2, 6. §. 4. Hiernach lautete die für die allgemeine Injurienklage im Edict aufgestellte Normalformel in der demonstratio: Quod Auli Agerii pugno mala percussa est — zum Andenken an die Geschichte des Veratius: wie denn auch sonst später dieses Normalbeispiel für eine Injurie gebraucht zu werden pflegt. Senec. de benef. 2, 35. Doch referiert Paulus

Zweifel die factische intentio: si paret, Numerium Negidium ea re Aulo Agerio iniuriam fecisse, die auch den speciellen Zwölftafelgesetzen nach Ausweis des allgemeinen si iniuriam faxit, wenigstens dem Sinne nach, zum Grunde lag; denn jene Demonstration allein konnte die Condemnation nicht begründen, da der darin erwähnte Eingriff in das persönliche Recht des Klägers auch von Rechtswegen oder im Scherz, ohne die Absicht zu beleidigen, oder mit Willen des Andern oder ohne Imputabilität geschehen sein konnte.

2. Die besonders ausgezeichneten Arten von Injurien, wegen deren der Prätor Klagen versprach, waren

a. wenn Jemand adversus bonos mores convicium cui fecisse dicatur [34]).

b. wenn Jemand durch comitem abducere, appellare oder assectari contra bonos mores einen Angriff auf die Geschlechtsehre einer ehrbaren Person gemacht hatte [35]).

c. Ne quid infamandi causa fiat; si quis adversus ea fecerit, prout quaeque res erit, animadvertam [36]).

Diese Edicte traten an die Stelle des Zwölftafelgesetzes über das occentare sive carmen condere, quod infamiam faceret flagitiumve alteri. Für den ersten Theil dieses Satzes, die Injurien gegen die Ohren [37]), war fast nur der nicht mehr gebräuchliche Ausdruck occentare geändert [38]) und theils durch den Zusatz adversus bonos mores dafür gesorgt, daß der Charakter der Injurie, den die Decemvirn nur vorausgesetzt hatten, auch in den Worten läge [39]), theils durch den

---

nur im Allgemeinen dem Sinne nach. Genau wird die demonstratio gelautet haben: Quod Aulo Agerio a Numerio Negidio pugno mala percussa est.

34) L. 15. §. 2—14. D. h. t. Vellei. Paterc. 2, 28. in qua civitate petulantis convicii iudicium historiarum ex alto redditur, wo P. Pithöus ad Collat. 2, 5. trefflich emendiert: iniuriarum ex albo.

35) L. 15. §§. 15—24. L. 1. §. 2. D. h. t. Gai. 3, 220. Collat. 2, 5. §. 4. §. 1. J. de iniur. (4, 4.) Schol. ad Horat. Sat. 1, 2. v. 96.

36) L. 15. §. 25—33. D. h. t.

37) Cic. ad Herenn. 4, 25. Iniuriae sunt, quae... aut convicio aures... violant. Vgl. Collat. 2, 5. §. 4.

38) Fest. v. Occentassint antiqui dicebant, quod nunc convicium fecerint dicimus.

39) L. 15. §. 5. 6. D. h. t.

andern cuiusve opera factum esse dicetur, quo adversus bonos mores convicium fieret, dafür, daß auch der intellectuelle Urheber haftete. Das zweite Edict war als Verletzung der Dignität einer besonders schutzwürdigen Classe in Zeiten einreißender Sittenverderbniß neu hinzugekommen. Der Grund zur Hervorhebung dieser speciellen Arten von Injurien lag aber wohl theils darin, daß man die Zulässigkeit der allgemeinen Injurienklage bezweifelte, weil diese blos an die Stelle des allgemeinen Zwölftafelgesetzes getreten sei, theils auch wohl in älterer Zeit, um diese Fälle hinsichtlich der Strafe oder des Proceßganges abweichend zu behandeln, was aber der Zustand unserer Quellen nicht mehr erkennen läßt [39*]). Im dritten Edict hob der Prätor den allgemeinen Gedanken — Injurien wider Ruf und Leben [40]) — aus der speciellen Fassung dieses Falles in den zwölf Tafeln hervor, um auch gleich strafwürdige Ehrenverletzungen nicht frei ausgehen zu lassen. Wichtiger aber war die Abweichung, daß der Prätor das convicium adversus bonos mores schon an und für sich, ohne Rücksicht auf das quo infamiam flagitiumve faceret alteri, verpönte, dafür aber auch in diesem Falle nur eine Klage versprach, wogegen er, wenn etwas infamandi causa geschehen wäre, unter welche Rubrik auch die von den Decemvirn mit dem Tode bedrohte Injurie fiel, uti quaeque res erit, animadvertere wollte. Labeo und nach ihm Ulpian meinten, dieser Theil des Edicts sei überflüssig gewesen, weil dieserhalb schon die gewöhnliche Injurienklage ausgereicht hätte, und die Hervorhebung sei nur geschehen, damit ein so ausgezeichneter Fall nicht vergessen scheine und um eine plenior animadversio für die hier anzustellende Injurienklage nach den einzelnen in Betracht kommenden Umständen vorzubehalten [41]). Sie sprachen aus dem Recht ihrer Zeit heraus. Daß es aber vom Prätor ursprünglich nicht so gemeint gewesen sei, können wir aus einem ähnlichen Edict ersehen, wo der Prätor auch an die Stelle der durch Gewohnheitsrecht abgekommenen Todesstrafe der zwölf Tafeln andere Strafen setzte — gegen den

---

[39*]) Wenn es in L. 15. §. 3. D. h. t. heißt: convicium iniuriam esse, Labeo ait, so bezieht sich dieses wahrscheinlich auf eine Streitfrage, ob wegen Schmähreden auch die allgemeine Injurienklage angestellt werden könne, was Labeo bejahte.

[40]) Cic. l. c. aut aliqua turpitudine vitam cuiuspiam violant.

[41]) L. 15. §. 26. 28. D. h. t.

iudex arbiterve, der sich hatte bestechen lassen[42]). Verres hatte in Sicilien das Edict über die Richter: Si qui perperam iudicasset, se cogniturum; cum cognosset, animadversurum[43]). Cicero stellt dieses so dar, als hätte Verres damit die Richtersprüche ganz in seine Gewalt gelegt, und allerdings konnte es so gemißbraucht werden. Aber gewiß war es ein aus dem städtischen herübergenommenes oder doch auch sonst nicht unerhörtes Edict (sonst würde es Cicero noch ganz anders angegriffen haben) und bezog sich auch auf parteiische Richtersprüche[44]). Was aber in diesem animadvertere enthalten sein konnte[45]), erfahren wir aus einer Anwendung desselben Verrin. II, 2. c. 27. quodque iudicium secundum Heraclium de compromisso factum erat, cum civis Centuripinus inter duo cives diiudicasset, id irritum iussit esse: eumque iudicem falso iudicasse iudicavit: in senatu esse, locis commodisque publicis uti vetuit: si quis eum pulsasset, edixit, sese iudicium iniuriarum non daturum: quicquid ab eo peteretur, iudicem de sua cohorte daturum, ipsi autem nullius actionem rei sese daturum. Waren auch in Rom nicht alle diese Strafmittel in der Hand des Prätors, so reichte doch das, den Schuldigen gegen gewöhnliche Beleidigungen und alle vermögensrechtliche Beeinträchtigungen außer seinem Rechtsschutz zu erklären, hin, um ihn empfindlich genug zu treffen. Eine ähnliche Art von Acht trat nun ohne Zweifel auch in solchen Fällen, wo die Decemvirn gegen den Beleidiger die Todesstrafe verordnet hatten, namentlich gegen den Pasquillanten, kraft der vorbehaltenen animadversio, an deren Stelle[46]), wogegen geringere Infamationen auch mit sehr geringen Privatstrafen belegt werden konnten. Hieraus erklärt sich einerseits, wie Paulus den Gegenstand des prätorischen Injurienverfahrens mit Ausdrücken bezeich-

---

42) Gell. 20, 1. — nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam (L. iudicandam) pecuniam accepisse convictus est, capite punit.

43) Verrin. II, 2. c. 13.

44) Vgl. die Stellen bei Brisson. s. v. Perperam init.

45) Auch in der einzigen mir bekannten Stelle des Edicts, wo außerdem noch das uti quaeque res erit, animadvertam, vorkommt, L. 1. §. 1. D. de minor. (4, 4.), war darin ohne Zweifel noch mehr enthalten, als aus unseren Quellen erhellt, und selbst danach weicht diese in integrum restitutio von den übrigen darin ab, daß hier der Prätor nach Umständen, auch ohne einen Richter zu geben, selbst in der Sache entschied.

46) Später ahndete ein Senatusconsult die Verbreitung eines carmen famosum sogar mit Deportation Paul. S. R. 5, 4. §. 15 seqq.

nen konnte, welche über ein bloßes Strafgeld weit hinaus gehen [47]), andererseits, daß die für diesen Theil des Edicts ausgestellte Normalformel eine weit geringere Injurie betrifft [48]). Diese Klage entsprach hier ungefähr der aus der animadversio wegen perperam iudicata auch folgenden Formel gegen den iudex, qui litem suam fecerat, und mag von der gewöhnlichen Injurienklage materiell nicht verschieden gewesen sein.

d. An die Stelle des Gesetzes über das os fractum vel collisum eines Sclaven setzte der Prätor erweiternd Klagen wegen verberatio contra bonos mores, wegen Tortur, die ohne des Herrn Willen mit ihm vorgenommen worden, und außerdem, causa cognita, si quid aliud factum esse diceretur [49]), worunter natürlich der Prätor nur eben so schwere Verletzungen verstand [50]).

e. Neu war eine noxalis actio wegen Injurien, die ein Sclav begangen hatte, mit der besondern Bestimmung, daß der belangte Herr zwischen Auslieferung des Sclaven an den Beleidigten, damit dieser durch Auspeitschung nach richterlichem Ermessen selbst an ihm Rache nehmen könnte, noxae deditio und Leistung der litis aestimatio die Wahl haben sollte [51]).

f. Eben so die Bestimmung, daß einem filiusfamilias in Abwesenheit seines Vaters ohne Hinterlassung eines Procurator causa cognita gestattet sein sollte, wegen einer ihm zugefügten Injurie zu klagen [52]). Sie dürfte die jüngste Bestimmung unter allen sein und

---

[47]) Paul. S. R. 5, 4. §. 7. Moribus (introducta est iniuriarum actio), quoties factum pro qualitate sui arbitrio iudicis aestimatum congruentis poenae supplicio vindicatur.

[48]) Collat. 2, 5. §. 5. Item si dicat infamatum se esse, debet adiicere, quemadmodum infamatus sit. Sic enim et formula concepta est: *Quod Numerius Negidius sibilum immisit Aulo Agerio infamandi causa.* Ueber die Lesart vgl. Zeitschr. f. geschichtl. R.-W. Bd. 13. S. 33. Ueber die Häufigkeit dieser Art von Verhöhnung durch Auszischen kann man die Stellen der Alten bei Forcellini unter sibilus und sibilare nachsehen.

[49]) L. 15. §§. 34—49. L. 16. 17. pr. §. 1—3. D. h. t. Gai. 3, 222.

[50]) Namentlich rechnete man dahin Castration und verletzte Keuschheit, nicht auch bloßes Schlagen. L. 27. §. 28. D. ad Leg. Aquil. (9, 2.) L. 9. §. 4. D. h. t. Gai. l. c.

[51]) L. 17. §§. 4—9. D. h. t. L. 5. D. si ex noxali (2, 9.). Gai. 4, 76. §. 4. J. de noxal. act. (4, 8.). Ueber das spätere Recht: Paul. S. R. 5, 4. §. 22. L. ult. D. h. t.

[52]) L. 17. §§. 10—22. D. h. t. L. 9. D. de obl. et act. (44, 7.)

erst in die Kaiserzeit fallen, da Labeo bei ihr nicht erwähnt wird und ein solches Absehen vom Recht der väterlichen Gewalt erst unter den Kaisern begann.

Aus dieser Uebersicht geht nun hervor, daß der Prätor die von den zwölf Tafeln hervorgehobenen Fälle des membrum ruptum und os fractum vel collisum nicht besonders berücksichtigte, sondern unter die allgemeine Injurienklage subsumierte. An die Stelle des alten Unterschiedes zwischen jenen Fällen und einer bloßen Injurie setzte er aber den allgemeinen zwischen atrox und levis iniuria, der in dem Edict über die allgemeine Injurienklage vorkam [53]), sich aber auch auf die besondern Gattungen von Injurien in der Art mit bezog, daß diese meistens schon an sich zu den schweren gehörten. Dieser Unterschied erwies sich nun aber in der Behandlung des Klagobjects wirksam.

3. In dieser Hinsicht schlossen sich die prätorischen Injurienklagen an die bisherige Behandlung der legis actio aus diesem Grunde insofern an, als sie auf eine vom Richter zu bestimmende Geldsumme gingen: nur daß der Richter angewiesen wurde, sofort auf diese zu verurtheilen. Und zwar geschah dieses mit den Worten: quantum tibi aequum oder bonum et aequum esse videbitur, tantam pecuniam... condemna [54]): weshalb diese und alle eben so gefaßten Strafklagen unter den Delictsklagen eine ähnliche billige, Exceptionen unnöthig machende Natur haben [55]), wie die b. f. actiones unter den Contracts-

---

[53]) Dieses sieht man aus der Verbindung von L. 7. §. 7. seqq. D. h. t. mit dem unmittelbar Vorhergehenden.

[54]) L. 17. §. 2. D. h. t. Mela putat, dandam mihi iniuriarum adversus te, in quantum ob eam rem aequum iudici videbitur. L. 18 pr. D. eod. ... non esse bonum aequum ob eam rem condemnari, und L. 34 pr. D. de obl. et act. (44, 7.) ... actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestiterit. L. 11. §. 1. D. h. t. Der üblichere Formelausdruck scheint blos aequum esse videbitur gewesen zu sein. Wenigstens kommt dieser im Edict selbst bei ähnlichen Delicts- oder Quasidelictsklagen vor, von denen die Juristen auch sagen, daß sie ex bono et aequo oder in bonum et aequum seien, z. B. der actio de effusis et deiectis L. 1 pr. vgl. mit L. 5. §. 5. D. de his, qui effud. (9, 3.), der actio sepulcri violati L. 3. pr. vgl. mit L. 10. D. de sepulcro viol. (47, 12.). Doch sagen die Aedilen auch von einer solchen Delictsklage selbst: quanti bonum aequum iudici videbitur, condemnetur. L. 42. D. de aedil. edicto (21, 1.).

[55]) L. 11. §. 1. D. h. t. Der Unterschied ist nur, daß die aequitas hier nicht in dem Rechtsverhältniß selbst (intentio), sondern in der dem Richter gegen

klagen. Damit es aber dem Richter nicht an dem nöthigen Anhalt für seine Aestimation fehlte und er nicht Gefahr liefe, gegen das privatrechtliche Princip der s. g. Verhandlungsmaxime die Injurie höher zu schätzen, als der Kläger selbst, bestimmte der Prätor unmittelbar nach der Vorschrift, daß der Kläger certum dicere solle (Collat. 2, 6. §. 1.):

> et taxationem ponat non minorem quam quanti vadimonium fuerit.

Hierin lag wesentlich dieselbe Behandlung der Sache, wie wenn in b. f. und arbitrariae actiones der Beklagte arbitrio iudicis dolo malo nicht restituiert hatte, und mit Recht, da die Injurienklage auch eine Billigkeitsklage war und theils Dolus, theils daß der Beklagte seinem Gegner nicht in Güte gerecht geworden war, voraussetzte. Nur geschah hier schon vor dem Prätor, was dort erst vor dem Richter. Das Vadimonium — worunter hier das vor dem Prätor im ersten Termin nach der in ius vocatio gemachte zu verstehen ist — mußte nämlich der Kläger, von der actio iudicati und depensi abgesehen, mit eidlicher Abschätzung machen [56]). Unmöglich konnte nun dem Kläger mehr an dem Erscheinen des Beklagten vor Gericht als an dem Proceßobject selbst liegen; in der Regel war sein Interesse daran vielmehr ein weit geringeres, da der Weg Rechtens nur Eine Art der Geltendmachung seines Rechts war und es ihm auch wohl ein ander Mal gelingen konnte, seinen Gegner vor Gericht zu bringen. Daher wurde nur in jenen beiden auf gerichtliche Pfändung (ductio) des Beklagten wegen des Proceßobjectes gehenden und damit das volle Interesse der Sache auf das Erscheinen des Beklagten vor Gericht übertragenden Klagen das Vadimonium stets und ohne Weiteres auf den Klagbetrag selbst gestellt, in allen übrigen Fällen aber, wo die eidliche Abschätzung eintrat, durfte es nicht über die Hälfte des Proceßobjects [57])

---

ein Unrechtsverhältniß so gegebenen Gewalt (condemnatio) liegt. Uebrigens macht auch Cic. Orat. part. 37, 130. auf diese doppelte Anwendung der aequitas aufmerksam.

56) Gai. 4, 186. quanti actor iuraverit non calumniae causa sibi vadimonium promitti.

57) Denn unter den beiden Factoren des klägerischen Interesses, dem Rechte selbst und der civilen Durchsetzbarkeit desselben mittels Erscheinens des Beklagten vor Gericht, kann der letztere nur höchstens einen gleichen Antheil, also die Hälfte in Anspruch nehmen, weil das Recht, selbst hinsichtlich seiner Durchsetzbarkeit, nicht durch den staatlichen Weg Rechtens bedingt ist. Bisher über-

und nicht über 100,000 Sestertien [58]) betragen [59]). Von diesen beiden Beschränkungen konnte jedoch auf die Injurienklage nur die letztere Anwendung finden. Da nämlich mit dem Wegfall der Zwölftafelforderung alles Recht auf Genugthuung wegen Injurien nur auf dem vom Prätor eingeführten neuen Processe beruhte und dieser wieder durch das Erscheinen des Beklagten bedingt war, wozu die prätorische Stipulation des Vadimonium ihn verpflichtete, so legte sich in diese offenbar das ganze Interesse des Klägers gewisser Maaßen noch mehr als bei der actio iudicati und depensi, wo er doch schon an sich eine Forderung hatte. Nicht nur mußte er also hier vernünftiger Weise das Vadimonium um den vollen Betrag seines Interesses, d. h. der ihm nach seiner Meinung gebührenden Genugthuung machen; die Stipulation war auch überhaupt eine stipulatio propter rem ipsam data, sie fiel zugleich nach der ganzen Art und Beschaffenheit des Interesses mit der Injurienklage, die sie möglich machen sollte, zusammen, so daß, wenn der Stipulator oder der Promissor nach verfallener Stipulation, aber vor der litis contestatio, starb, oder jener die Injurienklage aufgab, auch aus der Stipulation ipso iure nicht mehr geklagt werden konnte [60]), aber auch umgekehrt, wenn der Beklagte zum Vadimonium

---

sehene Stellen, welche die Beschränkung des Vadimonium auf die Hälfte andeuten, sind 1. L. 3. §. 4. D. de eo, per quem factum erit (2, 10.) Si a fideiussore quinquaginta stipulatus fuero, si in iudicium reus non venerit, petiturus a reo centum, et dolo malo Sempronii factum fuerit, ne in iudicium reus veniat, centum a Sempronio consequar: tanti enim mea interfuisse videtur, quia si venisset in iudicium, actio mihi centum adversus reum vel adversus heredem eius competebat, licet fideiussor minorem summam mihi promiserit. Die Entscheidung erklärt sich daraus, daß die actio in factum adversus eum, per quem factum est, quo minus quis sistat, den dadurch bewirkten Untergang des Klagrechts im Auge hat. L. 3. pr. D. eod. — 2. L. 115. pr. D. de verb. obl. (45, 1.), wo Justinian, wie gewöhnlich, quinquaginta aureos statt sestertia gesetzt hat. Die letztere Stelle könnte aber auch auf ein Privat-Vadimonium gehen, in welchem man jedoch die Grundsätze des prätorischen befolgt haben wird.

58) Gai. 4, 186. Denn das höchste gerichtliche Haben des Beklagten ist die endliche ductio desselben, welche ihn in den sächlichen Zustand des servire bringt, und wiederum der höchste Normalwerth eines freien Römers 100,000 Sestertien (Ueber den Census der Kaiserzeit S. 96.).

59) Hatte er also mehr versprochen, so stand ihm eine wirksame exceptio zu, es sei denn, daß er es wissentlich gethan hätte. L. 4. §. 5. D. si quis caution. (2, 11.)

60) L. 10. §. 2. D. si quis caution. (2, 11.)

nicht erschien, seine sofortige Condemnation durch Recuperatoren eingetreten sein (Gai. 4, 185.) und so die Stelle des Urtheils über die Injurien selbst eingenommen haben wird. Bei der Injurienklage das Vadimonium mit dem Beleidiger machen und die Injurie ästimieren, war also derselbe Act und so setzt auch Gaius (3, 224.) für das quanti vadimonium fuerit des Edicts geradezu permittitur nobis a Praetore ipsis iniuriam aestimare [61]). Hieraus geht aber hervor, daß in der Stelle der Collatio statt non minorem vielmehr non maiorem gelesen werden muß [62]). Hätte der Prätor geboten, der Kläger solle nicht eine geringere Summe als taxatio in die Klagformel setzen, als er das Vadimonium eidlich abgeschätzt, so wäre es theils unbegreiflich, warum der Kläger, der immer noch mit dem Beklagten paciscieren konnte, nicht das Recht hätte haben sollen, sich nach besserem Besinnen mit einer geringeren Summe zu begnügen, theils würde die taxatio, wenn nun der Kläger sie ins Unendliche hoch stellen konnte, allen Zweck verloren haben. Umgekehrt wollte der Prätor, indem er nicht geradezu sagte taxationem tanti, quanti, sondern taxationem non maiorem, quam quanti vadimonium fuerit, dem Kläger verstatten, seine eidliche Abschätzung bei Ertheilung der Formel selbst noch zu mindern, was insofern für ihn wichtig war, als nach seiner taxatio die decima pars des contrarium iudicium, dem er im Fall des Unterliegens ausgesetzt war [63]), sich richtete.

Wir dürfen nun übrigens schließen, daß, so oft dem Kläger in

---

[61]) Ebenso Ulpian Collat. 2, 2. Iniuria, si quidem atrox, id est gravis est, non sine iudicis arbitrio aestimatur. Atrocem autem aestimare solere Praetorem, idque colligi ex facto, utputa si verberatus vel vulneratus quis fuerit. Statt si quidem ist aber jedenfalls nisi quidem zu lesen. Außerdem dürfte, da eine HS. Iniurias, desgleichen am Schluß extimat hat, auch Iniuriam ...... aestimat actor herzustellen sein. Ueber andere Vorschläge Schulting Iurispr. antei. p. 679.

[62]) Also derselbe Fehler wie bei Gell. 20, 1. in dem Zwölftafelgesetz über den iudicatus vinctus. Ueber das Recht des Nexum S. 83. Anm. 100. — Meine frühere auf der falschen Lesart der Handschriften der Collatio beruhende Ansicht in I. Huschkii Analect. litterar. p. 267. 271. nehme ich, wie sich von selbst versteht, zurück.

[63]) Gai. 4, 177. — Rudorff (a. a. O.) meint, gerade wegen dieses contrarium iudicium hätte der Kläger non minorem taxationem, quam quanti vadimonium fuerit, setzen sollen. Aber vor Chicane war der Beklagte schon durch den Gefährdeeid beim Vadimonium selbst geschützt. Und die übrigen Argumente gegen minorem bleiben bei dieser Meinung unbeseitigt.

irgend einer Klage eine taxatio gestattet war, sie eben so, wie bei der Injurienklage, bei andern jedoch unmittelbar, d. h. nicht durch das Mittel des eidlich geschätzten Vadimonium, eidlich geschehen mußte und also das iusiurandum in litem vor Justinian einen weit größern Spielraum hatte [64]). Eine solche taxatio kam aber auch ohne Zweifel bei allen Strafklagen auf quantum iudici aequum esse videbitur vor.

Die dargestellte prätorische iniuriarum actio mittels vorgängiger taxatio des Klägers und dem Richter in der formula anheimgegebener billiger Abminderung war nun jedenfalls diejenige, welche das spätere edictum perpetuum enthielt. Daß sie aber auch schon in den ältesten Edicten aufgestellt worden, die sich unmittelbar an die alte legis actio und das Zwölftafelrecht anschlossen, ist damit nicht gesagt und muß vielmehr geläugnet werden. Nach Favorinus bei Gell. 20, 1. sagte Labeo in seinen Büchern zu den 12 Tafeln von der Lex über die 25 Asse, nachdem sie durch des Veratius Uebermuth so augenscheinlich als nicht mehr hinreichend ausgewiesen war: Propterea, inquit, Praetores postea hanc abolescere et relinqui censuerunt, iniuriisque aestimandis recuperatores se daturos edixerunt, und Sex. Cäcilius nennt dieses Edict nachher das edictum praetorium de aestimandis iniuriis. Man hat diese Stelle bisher so verstanden, daß sie auf die Richter gehe, welche von den Prätoren für die Aburtelung der Injurienprocesse nach der von ihnen eingeführten formula gegeben worden seien [65]), und man müßte dann aus ihr schließen, daß diese Richter wenigstens für iniuriae leves stets Recuperatoren gewesen wären. Nach Gaius (3, 224.) und andern Stellen war aber der Injurienrichter regelmäßig ein Judex, und daß diese Einrichtung schon um die Mitte des siebenten Jahrhunderts bestand, geht aus den Fällen bei Cic. ad Herenn. 2, 13. hervor, wo in Verbal-Injurienprocessen der Dichter Lucilius (geb. 606. † 662.) und seines etwas älteren Zeitgenossen Accius ebenfalls Einzelrichter urtheilten. Auch verdienen ja Injurienklagen überhaupt keine Begünstigung, sondern eher das Gegentheil. Nur wegen iniuriae atro-

---

[64]) Daß man diesen Ausdruck auch für solche eidliche Taxationen, die immer zugleich Calumnieneide waren, gebraucht habe, zeigt Cic. pro Rosc. Com. 1 fin., wo iurare in litem selbst von dem gewöhnlichen Gefährdeeide des Klägers vorkommt, wiewohl Cicero in seinem jugendlichen Eifer übersehen hat, daß gerade Nävius, weil er mit einer certi condictio klagte, keinen Calumnieneid zu leisten gehabt hatte. Gai. 4, 181.

[65]) So auch ich selbst in Imm. Huschke Anal. lit. p. 223 seq.

ces konnte der Kläger, wie aus Cic. de inv. 2, 20. zu schließen und die Sache selbst es mit sich bringt, auch Recuperatoren verlangen [65*]). Es wäre aber auch ein seltsamer Ausdruck für die Richter der Injurienklage, daß sie iniuriis aestimandis von den Prätoren ernannt worden seien, da ihnen doch zugleich das weit wichtigere Geschäft, zu erkennen, ob eine Injurie vorliege, und auf die Strafe zu verurtheilen zukam: er wäre im Munde eines Juristen um so befremdlicher, als die Rechtssprache von jeher unter einem Aestimationsrichter (arbiter liti aestimandae) einen von dem gewöhnlichen zur Proceßaburtelung bestimmten unterschiedenen Richter verstanden hatte, dem blos eine Abschätzung zukam (Recht des Nexum S. 163. Keller Röm. Civilproc. §. 16.). Ohne Zweifel haben wir uns also unter den recuperatores iniuriis aestimandis auch nur solche Aestimationsrichter zu denken. Solche kamen auch in späterer Zeit noch öfter zu Anfang des Verfahrens vor (Recht des Nexum S. 177—179. 192.) und Recuperatoren wurden unter Römischen Bürgern anfangs nur für solche factische Fragen ernannt (vgl. Liv. 26, 48.). Demnach bestand das Verfahren, welches die Prätoren zunächst an die Stelle der legis actio wegen Injurien setzten, darin, daß sie nach der actionis editio et postulatio Recuperatoren zur Abschätzung der Injurie ernannten, wahrscheinlich drei, je einen aus der advocatio beider Parteien und einen dritten aus dem Umstande (Liv. l. c.), und dann die von diesen geschätzte Summe dem Judex der iniuriarum actio schlechthin in die Formel setzten, welche also damals noch nicht ex aequo et bono war, sondern eine stricte condemnatio certa hatte. Dieses Verfahren schloß sich offenbar an das Zwölftafelrecht noch viel enger an, welches nur Injurienklagen auf ein bestimmtes Strafübel kannte und die etwa nöthige Aestimation schlechthin dem Richter in einem besondern Verfahren überließ. Auch empfahl es sich durch die Mehrzahl und Ernennungsart der Schätzungsrichter, welche eine billige Abschätzung statt der blinden und jetzt unpassenden des Gesetzes und der oft einseitig willkührlichen des Einzelrichters zu gewährleisten schien. Dagegen litt es noch

---

[65*]) Wie diese Injurien denn auch sonst durch schleunige Ahndung ausgezeichnet sind. L. 9. §. 3. D. h. t. Auch hängt es ohne Zweifel hiermit zusammen, daß Ulpian L. 3. pr. D. de feriis (2, 12.) unter den Klagen, welche morte periturae sunt und deshalb auch in der Erndteferienzeit angestellt werden durften, nicht alle Injurienklagen, sondern nur die wegen atroces iniuriae nennt; die gewöhnlichen wurden umgekehrt von einer Gunst ausgeschlossen, die sie sonst als morte periturae auch hätten genießen müssen.

an der alten Unbehülflichkeit zweier Proceduren statt Eines Processes und schützte nicht vor der Gefahr, dem Kläger mehr als Strafe zuzubilligen, als dieser selbst glaubte fordern zu dürfen. Beide Inconvenienzen streifte nach fortgeschrittener Macht des privatrechtlichen Princips des Civilprocesses wahrscheinlich schon in der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts [65**]) das neuere Verfahren ab, indem es dem Kläger selbst eine vorläufige eidliche Schätzung zum bloßen Zweck der taxatio überließ und die bisherige Function der Recuperatoren und des Judex in Einer Formel und Einem Verfahren vereinigte.

Diese Formel lautete nun etwa so:

Quod N. Negidius A. Agerio pugno malam percussit, qua de re agitur, si paret N. Negidium ea re A. Agerio iniuriam fecisse, quantum tibi, iudex, aequum esse videbitur, tantam pecuniam, duntaxat HS. ... nummos N. Negidium A. Agerio condemna, s. n. p. a.

In ihr war hiernach nichts mehr, was ein Recht der Selbsthülfe des Klägers zur Erlangung seiner Genugthuung ausdrückte, wie in der legis actio nach den Zwölftafelgesetzen. Und so wissen wir denn auch nicht, daß der nach einer prätorischen Injurienklage Verurtheilte in der Executionsinstanz strenger behandelt worden wäre als der gewöhnliche iudicatus. In der That konnte auch jener Gesichtspunct der Selbsthülfe vom Prätor nicht einmal materiell festgehalten werden. Der Kläger hatte seinen Anspruch auf diese ästimatorische Genugthuung nicht mehr als ein eigenes Recht, welches in seiner ehemaligen Richtung auf Talio ursprünglich aus dem ius gentium stammte und so noch von den zwölf Tafeln anerkannt war; er bekam ihn jetzt nur von der Obrigkeit: ein Ursprung, der seiner Natur nach die Selbsthülfe ausschloß. Lag in der Injurie, wie dieses wirklich der Fall ist, im Gegensatz zu andern Delicten etwas besonders Schweres, so diente die Aestimation, also der Inhalt der Strafe dazu, um dieses gebührend zu ahnden.

4. Dem alten Unterschied zwischen schweren und leichten Injurien gab nun aber der Prätor die neue Anwendung, daß er wahrscheinlich hinter den eben behandelten Edictsworten etwa folgenden Satz hinzufügte: Si atrox esse iniuria videbitur, quantae pecuniae nomine

---

[65**]) Dieses ist daraus zu schließen, daß in dem Edict über die actio de vi armatis hominibus, welches zuerst im J. d. St. 678. aufgestellt wurde, schon eine formula cum taxatione vorkommt. Cic. pro Tull. 7. 8.

vadimonium fieri debeat, ipse constituam [66]). Das hatte nämlich, wie Gaius bemerkt, die Bedeutung, daß der Proceß im Falle schwerer Injurien hinsichtlich des Strafbetrags wesentlich schon vom Prätor entschieden wurde, indem der Richter wegen der Auctorität des Prätors nicht leicht wagte, von dieser taxatio abzugehen, von welchem Recht er bei leichteren Injurien, wo er blos die Aestimation des Klägers vor sich hatte, regelmäßig Gebrauch gemacht haben wird. Wichtiger aber war der Gedanke, welcher hierbei entfernter zum Grunde lag, daß eine atrox iniuria in demselben Maaße höher als eine levis zu bestrafen sei, in welchem das Ansehen des Prätors das des Richters übersteige: wiewohl über den Ausdruck, den man diesem Gegensatze in Geldsummen geben sollte, nur der Gerichtsgebrauch entscheiden konnte. Auch war mit der Behördentrennung ein Anlaß zur Ausbildung einer Praxis in Betreff der Frage gegeben, was eine Injurie zu einer schweren mache. In letzterer Hinsicht kam man wohl bald dahin überein, daß dieß sich vorzüglich nach der Art der Handlung, nach dem Ort und nach dem Stande der Personen richte [67]). Was aber das Strafmaß betrifft, so wird das Princip, in Assen ausgedrückte Summen des alten Rechts in Sestertien umzusetzen und so zu verzehnfachen, im Allgemeinen auch hier Platz gegriffen haben, was auf die Summen von 3000 Sestertien für gewöhnliche schwere [68]), von 250 für leichte Injurien führt [68*]). Auch die allerschwerste Injurie konnte aber nicht mit mehr

---

66) Gai. 3, 224. Set nunc alio iure utimur. permittitur enim nobis a Praetore ipsis iniuriam aestimare, et iudex vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris, prout illi (nach der HS. eher mit den Institutionen: ei) visum fuerit. set cum atrocem iniuriam Praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae nomine fieri debeat vadimonium, hac ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex, quamvis possit vel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius Praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem.

67) Gai. 3, 225. §. 9. J. de iniur. (4, 4.) Paul. S. R. 5, 4. §. 10. Collat. 2, 2. L. 7. §§. 2. 3. 6—8. L. 8. 9. L. 17. §. 3. L. 35. 40. D. h. t. L. 4. C. eod. (9, 35.)

68) Auch aus diesem Grunde halte ich Savigny's (System des Civilrechts Bd. 5. S. 79.) Emendation V statt X milia bei Gai. 4, 46. für nothwendig. Der Freigelassene, welcher seinen Patron eigenmächtig vor Gericht rief, also mit der manus iniectio bedrohte oder sie wirklich anwandte, handelte zwar formell rechtmäßig, beging aber materiell eine mehrfach erschwerte Injurie. Doch wäre ein Strafgeld von 10,000 Sestertien zu unverhältnißmäßig.

68*) Vitellius handelte einmal einem Freigelassenen für einen Fersenstoß 50 Sestertien ab. Sueton. Vit. 7.

als 100,000 Sestertien, der höchsten Summe des Vadimonium, in Gelde geahndet werden.

5. In processualer Hinsicht unterlagen Kläger und Beklagter zur Zeit der legis actiones wohl nur der gewöhnlichen poena temere litigantium, dem sacramentum, meist dem minus. Nach dessen Wegfall führte der Prätor neue und schärfere Strafen ein. Der iniuriarum depectus oder damnatus wurde mit Infamie belegt [69]). Gegen den Kläger hatte der absolvierte Beklagte ohne Rücksicht auf Chicane ein contrarium iudicium auf ein Zehntel des Proceßbetrags [70]). Besonders mit Rücksicht auf jene Gefahr der Verurtheilung versagte nun aber auch der Prätor die Injurienklage dem Freigelassenen gegen den Patron, den Kindern gegen die Eltern, ausgenommen causa cognita wegen atrox iniuria [70*]). Daß die letztere zwecks der hier wünschenswerthen Beschleunigung des Verfahrens auch durch ein dem Kläger dafür zugestandenes iudicium recuperatorium ausgezeichnet war, ist schon erwähnt worden. Nach demselben Gesichtspunct konnte man bei ihr den Prätor auch an Ferientagen angehen, damit er wegen ihrer Abschätzung Augenschein (z. B. einer geschlagenen Wunde) einnehme (L. 2. D. de feriis. 2, 12.).

Dieses Recht der Injurien ließ nun an Billigkeit und Angemessenheit kaum etwas zu wünschen übrig. Doch konnte die Grundlage desselben, das freie Ermessen des Prätors und der Richter, in Zeiten politischer Parteiungen auch sehr gemißbraucht werden, indem man schwere Injurien mit sehr gelinden Strafen belegte und indem man in Fällen, wo bei erwiesener Sache Absolution Schande gewesen wäre, den Beklagten auch vor der stets empfindlichsten Strafe der Infamie dadurch bewahrte, daß man ihn nur nominell — nummum unum verurtheilte, wie dieses seit Marius' gefährlichem Beispiel auch von gewissenhaften Richtern in actiones ex bono et aequo zur Rettung des höhern wahren Rechts gegen das positive mitunter geschehen mochte [71]). Denn wie zwar das depecisci, aber nur das um ein wirk-

---

69) Die Stellen s. bei Schrader ad §. 1. J. de poena tem. litig. (4, 16.) p. 740. Außerdem die älteste Hindeutung auf diesen Fall der Infamie bei Cic. Verr. II, 2, 8.

70) Gai. 4, 177.

70*) L. 7. §. 2. 3. vgl. auch L. 11. §. 7 seq. D. h. t. L. 10. §. 12. D. de in ius v. (2, 4.) L. 38. §. 9. D. ad leg. Iul. de adult. (48, 5.).

71) Valer. Max. VIII, 2, §. 3. Plutarch. Mar. 38. Hiernach hatte Ma-

liches Sühngeld, nicht das bloße Verzeihen, infamierte [72]), so auch nur die Verurtheilung zu einem wirklich zu erlegenden Strafgelde. Hieraus erklärt sich Paul. S. R. 5, 4. §. 9. Iniuriarum damnatus eiusque (sc. actionis) aestimationem inferre iussus famosus efficitur (Vgl. Gai. 4, 94.).

In dem häufigen Durchschlüpfenlassen der Injurianten, welches die Richter damit beschönigten, daß der Kläger eine solche Behandlung verdient habe [72*]), welches aber besonders bei schwereren Injurien den Staat mit Sittenverwilderung bedrohte, dürfte nun das Bedürfniß und die Veranlassung von Sulla's [73]) Lex Cornelia de iniuriis gelegen haben. Sie betraf hauptsächlich gewaltthätige Injurien (quod quis se pulsatum, verberatumve, domumve suam vi introitam dicat) [74]) und verfügte gegen den Thäter eine actio privata [75]), die also nur dem Verletzten zustand, mit richterlicher Aestimation [76]). Doch ist zugleich von einem reum recipi aus dieser Lex die Rede [77]), weshalb man gewöhnlich annimmt [78]), daß sie die Wahl zwischen einer accusatio und

---

rius dieses in einer rei uxoriae actio gethan, und gewiß zum ersten Mal, da der Fall so berühmt wurde.

72) L. 6. §. 3. D. de his qui not. infam. (3, 2.).

72*) Aus dem Leben gegriffen scheint die Unterhaltung des Horat. Sat. 2, 1. v. 80 sq. mit Trebatius:

> Sed tamen ut monitus caveas, ne forte negoti
> Incutiat tibi quid sanctarum inscitia legum:
> Si mala condiderit in quem quis carmina, ius est
> Iudiciumque. — Esto, si quis mala; sed bona si quis
> Iudice condiderit laudatus Caesare? si quis
> Opprobriis dignum laceraverit, integer ipse? —
> Solventur tabulae risu, tu missus abibis.

Vgl. Ovid. Amor. 1, 7, 29. An si pulsassem minimum de plebe Quiritem, Plecterer? So nahm eine sehr freie Behandlung der Injurienklagen nach den Bürgerkriegen noch mehr überhand.

73) L. 12. §. 4. D. de accusat. (48, 2.).

74) L. 5 pr. §§. 1—8. D. h. t. §. 8. J. eod. L. 22. §. 2. D. ad leg. Iul. de adult. (48, 5.).

75) Paul. S. R. 5, 4. §. 8. §. 8. J. h. t. L. 42. §. 1. D. de procur. (3, 3.).

76) L. 37. §. 1. D. h. t. — Paul. S. R. 5, 4. §. 9. gehört nicht hierher, da civiliter damnatus hier im Gegensatz von criminaliter damnatus steht.

77) L. 12. §. 4. cit.

78) Vgl. über die Ansichten der Neuern H. M. Vockestaert de L. Corn. Sulla legislat. L. B. 1816. c. VII. §. 3. F. A. Schilling Bemerk. über Röm. Rechtsgesch. S. 288.

actio privata gegeben habe. Da jedoch das öffentliche Interesse bei diesem Rechtsmittel als einer actio privata erwähnt wird [79]), da bei der actio selbst von einer persona accusata die Rede ist [80]), da die Klage, wenn ein filiusfamilias beleidigt war, schlechthin blos ihm — nicht dem Vater — und ohne nöthige Genehmigung des Vaters zustand [81]), was auf eine überwiegend publicistische, von der Familie und dem Privatrecht unabhängige Natur dieser Klage schließen läßt, da Ulpian für das agere aus diesem Gesetz Bestimmungen desselben über den Richter, welcher nach ihm urtheilen soll, anführt [82]), da endlich Gaius in seinen Institutionen die Lex Cornelia nicht erwähnt, was sich nach seinem blos das Privatrecht berücksichtigenden Systeme wohl erklärt, wenn sie blos ein iudicium publicum, weniger, wenn sie daneben nach Belieben auch eine actio privata gab, so gehörte diese Lex wahrscheinlich zu denen, welche ein iudicium publicum rei privatae einführten [83]),

---

[79]) L. 42. §. 1. D. cit. Ad actionem iniuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest; nam etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est. Vgl. L. 7. 11. C. de iniur. (9, 35.).

[80]) L. 5. §. 9. 11. D. h. t.

[81]) L. 5. §. 6. 7. D. h. t.

[82]) L. 5. pr. D. h. t. Qua lege cavetur, ut *non iudicet, qui ei, qui agit, gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propiusve eorum quemquam* (L. *quem quam*) *ea cognatione affinitateve attinget: quive eorum eius* (L. *cuius*) *parentisve cuius eorum patronus erit.* Hinter *agit* ist offenbar *quicumve agitur* ausgefallen. Sonst lautet die Bestimmung eben so wie gewöhnlich von den patroni und iudices lecti in iudicia publica; z. B. s. g. L. Servil. c. 4. 8. Klenz. p. 14.

[83]) Ihre processualistischen Bestimmungen, wer nicht Richter sein und daß der Kläger durch Eideszuschiebung — wie es scheint, ohne gestattete Zurückschiebung — beweisen dürfe, erwähnt Ulpian unmittelbar neben den materiellen und privatrechtlichen, d. h. der actio. L. 5. pr. §§. 5—8. h. t. In L. 2. §. 32. D. de orig. iur. (1, 2.) Deinde Cornelius Sulla quaestiones publicas constituit, veluti de falso, de parricidio, de sicariis *et de iniuriis:* et praetores quattuor adiecit sind die cursiv gedruckten Worte ein von Haloander, so viel bekannt, ohne alle handschriftliche Auctorität gemachter Zusatz, den fast alle Späteren mit Recht verworfen haben. Osann ad Pompon. de orig. iur. p. 57. Wiewohl auch die Ansicht, daß die Lex Cornelia de iniuriis gleichsam nur ein Anhang zu der de sicariis gewesen sei, in Theophil. IV, 4, 8. offenbar eine sehr schwache Stütze findet. Schrader ad Iustin. Inst. p. 622. Der vierte Prätor ist also nicht auf das Gesetz des Sulla über die Injurien zurückzuführen. Wohl aber schuf dieses dafür eine eigene Art richterlicher Behörde, ob einen iudex ohne ein gesetzliches Consilium, wie der Iudex gewesen zu sein scheint, der nach der Lex auf der Rückseite der Bantischen Tafel bestellt wurde,

wie die Plätoria, und so muß auch die Strafe eine gemischte gewesen sein, nämlich so, wie in vielen ähnlichen Strafgesetzen, daß ein Theil der Strafe eine an den Kläger fallende Geldstrafe, ein anderer aber öffentlich war [83*]). Dieß wird noch durch zwei andere Umstände bestätigt. Vermuthlich dieselbe Lex oder wenn auch eine andere, doch nach deren Vorbilde, gab nämlich auch eine actio wegen Schmähschriften, der zweiten Hauptgattung von schweren Injurien, und bestimmte gegen den Verurtheilten doch zugleich eine öffentliche Strafe, und zwar eine alterthümliche — in Sulla's aristokratischem Geiste — die Intestabilität [84]). Ferner sagt Paulus S. R. 5, 4. §. 6—8.:

---

oder einen iudex quaestionis, der nur ein consilium iudicum leitete, kann man zweifeln. Für das erstere möchte man anführen, daß Marcian in L. 37. §. 1. D. h. t. und vielleicht auch Ulpian in L. 5. §. 11. D. h. t. Einen iudex als nach dieser Lex erkennenden Richter anführen. Aber zu ihrer Zeit waren die iudicia publica überhaupt bekanntlich schon aufgehoben, so daß überall Ein Magistrat als Richter erkannte. Dagegen deutet die Stelle in Anm. 82. mehr auf die iudices eines Consilium, welches sich auch zur Erschwerung von Bestechungen empfahl. So wird denn, abgesehen von den gedachten Unfähigkeitsgründen, jede Partei auch noch das Recht drei Richter zu rejicieren gehabt haben, welches die leges Corneliae gaben, Cic. Verr. II. 2, 31., und wovon auch in der Verrinischen quaestio repetundarum ex lege Cornelia jeder Theil Gebrauch machte. Ibid. 1, 7. 3, 41. 5, 44. (Irrig meint Zumpt, daß Verres sechs verworfen habe). Uebrigens muß es dahin gestellt bleiben, welche proceßeinleitende Handlungen dem Prätor — wahrscheinlich dem städtischen — und welche dem iudex ex l. Corn. factus zustanden.

83*) Nicht aber auf die Lex Cornelia und überhaupt nicht auf Römisches, sondern auf peregrinisches Recht ist der fingierte Rechtsfall bei Quintil. Decl. 265. zurückzuführen, wo wegen Mißhandlung eines Bürgers im Tempel der Magistrat neben dem Bürger als zu einer Klage und Beitreibung einer Strafe berechtigt dargestellt wird.

84) Darauf scheint Horat. Sat. 2, 1, 80. zu gehen. Daß es auch die Lex Cornelia war, welche diese Bestimmung über Pasquille enthielt, ist zu entnehmen aus L. 5. §. 9. D. h. t., wo das intestabilis ex lege esse iubetur, wenn nichts ausgefallen ist, nach dem Zusammenhange sich nur auf dieselbe Lex, von der vorher die Rede gewesen war, beziehen kann. Dafür ist auch die Auctorität des Schol. Basil. T. VII. p. 482. Fabr. T. V. p. 640. Heimb., der jedoch seine Ansicht nur auf eine sehr zweifelhafte Erklärung der L. 37. D. eod. zu stützen scheint. Dieses Recht war übrigens durch ein Senatusconsult wiederholt und weiter ausgebildet worden. L. 5. §. 10. 11. D. h. t. Paul. S. R. 5, 4. §. 15—17. Weshalb auch wohl blos das SC. oder weder die Lex noch das SC. als Quelle dieser Intestabilität angeführt wird. L. 18. §. 1. D. Qui testam. fac. (28, 1.) L. 21. pr. D. de testib. (22, 5.). Daß

Iniuriarum actio aut lege aut more aut mixto iure introducta est. Lege duodecim tabularum de famosis carminibus, membris ruptis et ossibus fractis. 7. Moribus, quoties factum pro qualitate sui arbitrio iudicis aestimatum congruentis poenae supplicio vindicatur. 8. Mixto iure iniuriarum actio ex lege Cornelia constituitur, quoties quis pulsatur vel cuius domus introitur ab his, qui derectarii appellantur: in quos extra ordinem animadvertitur, ita ut prius ingruentis[85]) consilium pro modo commentae fraudis poena vindicetur exsilii aut metalli aut operis publici.

Bei dieser Eintheilung der actio iniuriarum hatte Paulus offenbar die durch sie zu erreichende Bestrafung des Beleidigers als Theilungsgrund vor Augen. Diese Strafe war theils eine gesetzlich bestimmte — nach den zwölf Tafeln — theils eine nur auf Sitte und Gewohnheit beruhende — in der prätorischen Injurienklage, welche Alles dem Ermessen des Prätors und des Richters, mithin der Praxis anheimgegeben hatte, — theils auf beidem zugleich — in der Klage aus der Lex Cornelia, indem diese einerseits eine gesetzlich bestimmte — die öffentliche — Strafe enthielt, andererseits, wie die prätorische, auf Aestimation ging: vermuthlich nach Art des crimen repetundarum mittels einer auf das Hauptturtheil folgenden litis aestimatio.

Was nun zunächst diese richterliche Aestimation betrifft, so war deren Begränzung ohne Zweifel eine andere als in der prätorischen Injurienklage. Der Unterschied zwischen atrox und levis iniuria mußte hier wegfallen, weil das Gesetz alle diese Injurien für öffentlich wichtige erklärt hatte, und da die Klage in Form einer Accusation vorgebracht und vor einem nicht vom Prätor, sondern vom Gesetz, wenn auch vielleicht durch den Prätor bestellten Gericht verhandelt wurde, so vertrat auch die Vorschrift des Gesetzes die formula actionis. Dieses mag denn auch dem Kläger eine eidliche taxatio mit Beschränkung auf ein gewisses Maximum und dem Richter die Aestimation gestattet, aber, damit dem Marianischen Condemnieren auf ein Scheinstrafgeld vorgebeugt würde, zugleich ein Minimum vorgeschrieben haben. Das für

---

aber in L. 5. §. 9. cit. ex lege zu iubetur, nicht zu intestabilis zu ziehen sei, wie Einige wollen, scheint mir unzweifelhaft. Vgl. L. 26. D. Qui testam. fac. (28, 1.). Doch möchte statt ex vielmehr ea zu lesen sein.

[85]) Die Stelle ist offenbar verderbt. Ich lese: vel cuius domus *vi* introitur, *praeterquam* (als Sigle ptq) ab his, qui derectarii appellantur, in quos extra ordinem animadvertitur, ita ut *furis* in*troeu*ntis etc. Vgl. L. 7. D. de extraord. crim. (47. 11.) L. 1. §. 2. D. de effractor. (47, 18).

die reine Privatklage vom Prätor festgesetzte iudicium contrarium oder calumniae X partis fiel hier natürlich weg. Die Lex scheint statt dessen ein iudicium calumniae gegen eine chicanöse Accusation angeordnet zu haben[86]), was denn wohl in der Kaiserzeit Anlaß wurde, auch die calumniose Anstellung der prätorischen Injurienklage mit der damals eingeführten extraordinären Calumnienstrafe zu belegen[87]).

Hinsichtlich der öffentlichen Strafe läßt die Natur des Vergehens und die dem Pasquillanten gedrohte Strafe der Intestabilität mit Sicherheit schließen, daß sie auch für den wegen gewaltthätiger Injurien Verurtheilten in Ehrenstrafen bestanden und hierin der Grund gelegen habe, weshalb diese accusatio nach Interpretation Sulla's selbst gegen einen Sclaven unzulässig war[88]). Ja, wahrscheinlich war die Strafe für beide Arten der Injurien ursprünglich dieselbe — eine ähnliche, wie diejenige, wovon ein Theil in der Lex auf der Rückseite der Bantischen Tafel vorkommt. Wenn Ulpian, Paulus und Justinians Institutionen die actio legis Corneliae nur für die gewaltthätige Injurie anführen und der erste ihre Vorschrift über den Pasquillanten nebst der ihm angedrohten Intestabilität besonders behandelt, so lag der Grund wohl nur darin, daß das Senatusconsult, welches später über diese Art von Injurien erging, die schwere Strafe der Intestabilität auf sie beschränkt und dem ganzen Capitel der Lex über die Schmähschriften derogiert hatte. Besonders scheint unsere Vermuthung endlich durch das bestätigt zu werden, was über den Proceß berichtet wird, den der bekannte Hortensius deshalb anstellte, weil ihn ein College auf der Straße zufällig (wie er selbst ohne Zweifel meinte, absichtlich) angerannt und dadurch seine sorgfältige Kleidung in Unordnung gebracht hatte[89]). Der Ausdruck diem dicere weist auf ein iudicium

86) Paul. S. R. 5, 4. §. 12. wo von einem iudicium calumniae bei der accusatio wegen Injurien die Rede ist.

87) Schon zu Gaius Zeit L. 43. D. h. t. (vgl. Gai. 4, 177—179). Paul. S. R. 5, 4. §. 11. und Schulting zu Paul. 1, 5. §. 2. p. 229.

88) L. 12. §. 3. D. de accus. (48, 2.) Item Cornelia iniuriarum servum non debere recipi reum, Cornelius Sulla auctor fuit: sed durior ei poena extra ordinem imminebit. Aus dem Zusammenhange der Stelle geht negativ noch so viel hervor, daß der Grund nicht eine Vermögensstrafe gewesen sein kann, wegen deren andere Strafgesetze auf Sclaven keine Anwendung litten.

89) Macrob. Sat. 2, 9. Is quondam, cum incederet elaboratus ad speciem, collegae de iniuriis diem dixit, quod sibi in angustiis obvius offensu

publicum de iniuriis, also nach der Lex Cornelia hin; soll aber das Delict in diesem Processe capital gewesen sein, so kann darunter nur eine schwere Ehrenstrafe verstanden werden, wovon bekanntlich dieser Ausdruck häufig gebraucht wird.

Wie es scheint, fügte die Lex Cornelia ihr neues Rechtsmittel zu den schon bestehenden nur hinzu, so daß man die Wahl zwischen ihm und den prätorischen Injurienklagen hatte. Denn Cic. de invent. 2, 20. erwähnt einer iniuriarum actio mit prätorischer Formel für Recuperatoren wegen Abhauens einer Hand bei einem Angriff durch einen bewaffneten Haufen — ohne Zweifel ein auch unter die Lex Cornelia über die Injurien gehöriger Fall. Auch wäre der Grund eines Verbotes, sich in solchen Fällen, wenn man lieber wolle, der bisherigen Klagen zu bedienen, nicht abzusehen. In einem ganz ähnlichen Falle, dem des Pasquilles, wird selbst ausdrücklich bezeugt, daß es dem Beleidigten freistehen müsse, statt der durch ein späteres Senatusconsult eingeführten publica quaestio — die vielleicht nur ein modificiertes iudicium publicum derselben Lex Cornelia war (Anm. 84) — die gewöhnliche Injurienklage anzustellen[90]. Wenn dennoch Ulpian L. 7. §. 6. D. h. t. sagt: Posse hodie de omni iniuria sed et de atroci civiliter agi, Imperator noster rescripsit, so hat dieses wohl denselben Sinn, wie Marcians Bemerkung L. 37. §. 1. D. h. t. Etiam ex Lege Cornelia iniuriarum actio civiliter moveri potest, condemnatione aestimatione iudicis facienda (vgl. §. 10. I. h. t.). Es mochte die Ansicht aufgestellt worden sein, daß, wer nach der Lex Cornelia seinen Gegner accusieren dürfe, auch befugt sein müsse, ihn nach ihr blos civilrechtlich auf eine Privatgeldstrafe zu belangen, da die Lex ja auch den Anspruch auf Privatgenugthuung enthalte und man auch Vorschriften über ihr Verfahren z. B. die Eidesdelation sogar auf die prätorische Injurienklage übertragen habe (L. 5. §. 8. D. h. t.). Diese Ansicht, die besonders wegen der Verjährungsfrage großes praktisches Interesse hatte, bestätigte das kaiserliche Rescript und damit wurde eine Ausgleichung der Cornelischen und der prätorischen Injurienklage angebahnt, zumal da die öffentliche Strafe, welche die Lex auf Realinjurien gesetzt hatte, wegen veränderter Zeitverhältnisse immer mehr unpraktisch werden mochte.

---

fortuito structuram togae destruxerat: et capital putavit, quod in humero suo locum ruga mutasset.

[90]) L. 6. D. h. t.

War die eine schwere Injurie bildende Handlung von der Art, daß deshalb auch ein anderes Verbrechen nach einer lex publici iudicii geltend gemacht werden konnte, z. B. die Tödtung eines Sclaven, die Verwundung eines Freien mit Waffen in der Absicht zu tödten — wo die Lex Cornelia de sicariis Platz griff — so scheint man schon zu Cicero's Zeit geneigt gewesen zu sein, dem Thäter gegen die prätorische Injurienklage die exceptio extra quam in reum capitis praeiudicium fiat zu bewilligen [91]), nicht in der Meinung, daß durch die Civilklage die öffentliche Anklage überhaupt ausgeschlossen würde, sondern weil es für den Beklagten unbillig sei, für einen geringern Zweck von geringeren Richtern ein Urtheil über sich fällen zu lassen, welches in dem weit wichtigeren Criminalproceß als Auctorität gegen ihn benutzt werden konnte. Später setzte man sich über diese mehr politische Rücksicht der republikanischen Justiz hinweg, [92]) es fragte sich nun vielmehr, ob nicht, weil beide Proceduren dasselbe Strafinteresse beträfen, die eine die andere ausschließen und in diesem Conflict die Civilklage der öffentlichen nachstehen müsse. Dieses läugnete Labeo, den Ulpian deshalb wohl mit Recht tadelt [93]), wie denn auch Labeo selbst in einem ähnlichen Falle, wenn nämlich Jemand wissentlich einen fremden Sclaven torquiert und damit zugleich die prätorische Injurienklage und das crimen de vi privata verwirkt hat, meinte, daß mit Rücksicht auf das letztere moderatius edicto Praetoris de iniuriis utendum esse [94]). Uebrigens konnte in dieser Hinsicht zwischen der prätorischen und der Cornelischen Injurienklage kein Unterschied bestehen.

* * *

Wir haben bisher die Geschichte der Gesetzgebung über die Injurien erzählt. Damit ist aber einer geschichtlichen Darstellung dieser Materie noch nicht genügt. Es fehlt noch die Betrachtung des Einflusses der Jurisprudenz, welche theils jenen geschriebenen Rechtsquellen selbst zum Grunde gelegen, theils das von ihnen ausgesprochene Recht entwickelt, ergänzt und so mit dem Leben vermittelt hat. Doch kann es für unsern Zweck nicht die Absicht sein, das ganze Material, welches

---

[91]) Cic. de invent. 2, 20.

[92]) Wenn die Civilklage nur einen Schadensanspruch verfolgte, so konnte sie nach der verbreiteteren Ansicht auch vor der Anklage angestellt werden. S. die Stellen bei Pothier Pand. Iust. XLIV, 7. num. 71.

[93]) L. 7. §. 1. D. h. t.

[94]) L. 4. §. 1. D. ad leg. Iul. de vi priv. (48, 7.)

uns hierfür vorliegt, und welches großentheils in selbstverständlichen Interpretationen besteht, zu verarbeiten. Nur die wichtigsten und charakteristischsten Seiten des Instituts, deren Entwickelung der Jurisprudenz anheimfiel, gedenken wir hervorzuheben. Dahin gehört vornehmlich, wie bei allen Delicten, der Begriff dieses Delicts selbst, während die auf dasselbe gesetzte Strafe und deren Geltendmachung ihrer Natur nach überwiegend der positiven Satzung anheimfielen.

Offenbar gingen schon die Decemvirn bei ihrer mit dem si iniuriam faxit schließenden Gesetzgebung von einem allgemeinen Begriffe der iniuria aus, der auch allen ihren Specialbestimmungen zum Grunde lag und der gewiß schon vor ihnen, ja wohl schon vor Servius Tullius, dessen Gesetze sie auch hier größtentheils wiederholen mochten, im Volksbewußtsein und im Sprachgebrauch diesen Ausdruck gefunden hatte. Bei der großen Allgemeinheit der Bedeutung dieses Ausdrucks, welcher auf jegliches rechtswidrige Benehmen bezogen werden kann [95], thaten sie aber wohl, einzelne Fälle dieses Vergehens, die zugleich wegen ihrer größern Ahndungswürdigkeit hervorgehoben werden mußten, voranzuschicken. Durch sie erhielt der Ausdruck, wie durch angegebene Beispiele, seine besondere Bedeutung. Mehr noch half aber zu deren Feststellung zweierlei: negativ, daß durch die Gebiete der beiden übrigen Privatdelicte die Stelle, welche sie frei ließen, von selbst dieser Art von Delicten angewiesen wurde; positiv der engere und eigentliche Sinn, der dem Worte iniuria zukam. Wenn nämlich — um mit dem letzteren anzufangen — ius schlechthin zunächst das materielle Recht im allgemeinsten Sinne, das bonum et aequum, heißt und dieses, zugleich subjectiv verstanden — da hier von einem verletzten Privatinteresse die Rede ist — nur in den Personen als seinen Trägern zur Erscheinung kommt, so muß iniuria eigentlich das Delict bezeichnen, welches in der Verletzung der Person als rechtsfähigen Subjects besteht. In derselben Weise nennt die Griechische Sprache die Injurie *αἰκία*, die deutsche Unbill, worin auch zunächst das objective Recht als verletzt aufgefaßt wird, um damit eine Schranke zu setzen, innerhalb deren ein Angriff auf die Person als Delict betrachtet werden dürfe. Eben diese Art von Delict ließen aber für die iniuria auch die beiden andern von ihr unterschiedenen Hauptarten der Privatdelicte allein übrig, das furtum und die rupitia, das spätere damnum iniuria datum. Denn diese be-

---

[95]) Vgl. die Erörterungen darüber von Paulus Collat. 2, 5, 1. 2. 3. pr. I. h. t. und von Ulpian L. 1 pr. D. h. t.

trafen, und zwar in erschöpfender Weise, die über die Person hinausliegenden Interessen, indem das erstere gegen das Vermögens- und Dispositionsrecht, d. h. das Recht, die unter unserer Disposition befindlichen Sachen selbst zu haben, zu besitzen und zu gebrauchen, oder mit unserem Willen einem Andern zu überlassen, das letztere aber gegen das Eigenthum, also gegen die Substanz der körperlichen oder unkörperlichen Sachen eines Andern gerichtet war. Wir pflegen die Injurie als Ehrenkränkung zu charakterisieren. Diese Auffassung ist der Römischen Jurisprudenz fremd. Allerdings werden einzelne Arten von Injurien angeführt, welche in einem infamare bestehen (Anm. 26); sie beweisen aber eben, daß hierin nicht ein Merkmal aller Injurien liegt. In der That ist auch Ehre, sofern man darunter nur die Römische fama versteht, blos ein Theil des Rechts der rechtsfähigen Persönlichkeit, der zu dieser mit gehört, wie der wahrgenommene Schein zum Lichte, und in dem daher die Persönlichkeit zwar auch verletzt wird, in dem sie aber nicht aufgeht. Die einzige Stelle aus dem Alterthum, welche sich über den Gegenstand dieses Delicts ausspricht, bezeichnet die Injurie vielmehr als imminuta libertas [96]. Wenn man jedoch unter Ehre nicht blos den guten Ruf, den Jemand genießt, versteht, sondern die Geltung oder Dignität, die ihm als rechtsfähigem oder freiem Menschen im Bewußtsein seiner Mitbürger zukommt, in welchem Sinne bekanntlich die Römer auch das Wort existimatio, aestimatio brauchen, so ist sie nur eine subjective Bezeichnung für dies Recht der rechtsfähigen Person, und die Injurie also auch eine violata existimatio [97].

Auch folgerte man aus der Natur der Injurie als einer Verletzung des von der Person subjectiv getragenen objectiven Rechts wohl von jeher, daß dieses Delict nur im Bewußtsein der Kränkung oder Verkleinerung des Andern (contumeliae causa, mit ὕβρις) [98] begangen werden könne und also dolus malus voraussetze [99], obgleich die

---

[96] Cic. pro Caec. 12 fin. Actio enim iniuriarum non ius possessionis assequitur, sed dolorem imminutae libertatis iudicio poenaque mitigat.

[97] Vgl. L. 1. §. 4. 6. D. h. t.

[98] Es ist bemerkenswerth, daß das Griechische Recht, welches die Injurie selbst αἰκία = iniquitas nennt, auch den animus iniuriandi mit ὕβρις = superbia, also Ueberhebung, Verletzung der Gleichheit bezeichnet, während die Römer, wie sie in iniuria das verletzte Recht der Person ganz absolut auffassen, auch den animus iniuriandi mit dem eine Verletzung schlechthin bezeichnenden Wort contumelia (von τέμνειν) ausdrücken.

[99] L. 34. pr. D. de obl. et act. (44, 7.) L. 3. §. 1. 2. L. 26. D. h. t.

Injuriengesetze davon nichts enthielten. Denn die eigenthümliche höhere Dignität, welche der Person als rechtsfähigem Subject einwohnt, kann, wie die Rechtsfähigkeit selbst auf dem Geiste der Person beruht, auch nur im Geiste und Bewußtsein erfaßt und daher auch nur so verletzt werden. In der Unterhaltung des Favorinus und Cäcilius über das Gesetz vom membrum ruptum wird vorausgesetzt, daß dasselbe auch anwendbar gewesen, wenn Jemand imprudens ruperit [100]). Man würde aber daraus mit Unrecht schließen, daß in älterer Zeit der Dolus noch kein nothwendiges Erforderniß der Injurien gewesen sei; denn das imprudentem rumpere — das Lähmen oder Abschlagen eines Gliedes, ohne daß man diesen Erfolg des geführten Schlages bezweckte, ist gar wohl auch mit einer kränkenden Absicht bei Führung des Schlages vereinbar. Uebrigens wurde wohl stets anerkannt, daß zu der erforderlichen bewußten Verunehrung nicht gerade nöthig sei, daß die an sich verletzende und unberechtigte Handlung selbst lediglich oder auch nur hauptsächlich in der Absicht, den Andern dadurch zu verunehren, vorgenommen werde [101]). Wogegen sie wegfällt, wenn man in der Stellung eines Lehrmeisters, Erziehers u. s. w. in der guten Absicht zu belehren oder zu bessern [102]) oder auch wenn man im Scherz oder nach dem Gesetz eines Kampfspiels schlägt oder sonst verletzt [103]); desgleichen bei einer lediglich auf einen ganz andern Zweck gerichteten Handlung,

---

L. 5. §. 1. L. 41. pr. D. ad Leg. Aquil. (9, 2.) Collat. 2, 5, 3. Senec. de constant. sap. 5. Omnis iniuria propositum hoc habet, aliquem malo afficere.

100) Gell. 20, 1, 16. In qua re primum ea difficultas est inexplicabilis. Quid, si quis membrum. inquit, alteri imprudens ruperit? Quod enim imprudentia factum est, retaliari per imprudentiam debet. Die mittlere Periode ist offenbar ganz verderbt. Die Wolfenbütteler HS. hat zu Anfange nur quis in membrum. Wahrscheinlich schrieb Gellius: Quî sin[et sibi] membrum [rum]*pi*, qui *it* alteri imprudens ruperit? Das rum ließ der Abschreiber als irrig verdoppelt weg und zog das nun in in verwandelte pi mit quit (= quiid) zusammen. Wegen des Gedankens quî sinet u. s. w. vgl. §. 17. Sed et si prudens ruperit, nequaquam patietur aut altius se laedi aut latius. Uebrigens geht auch Cäcilius auf jene Auffassung des Decemviralgesetzes ein §. 34. Sed decemviri .... neque eius, qui membrum alteri rupisset .... tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut an prudens imprudensve rupisset, spectandum putarent.

101) L. 21. §. 7. D. de furt. (47, 2.) L. 23. D. h. t.

102) L. 5. §. 3. D. ad Leg. Aquil. (9, 2.) L. 15. §. 38. D. h. t.

103) L. 3. §. 3. D. h. t.

die nur zufällig oder mittelbar auch eine Injurie einschließt [104]). Nicht minder wird sie durch die wenn auch irrige Meinung in seinem Rechte zu sein ausgeschlossen [105]) und ist auch dann nicht möglich, wenn der Verletzende glaubte, die Person sei nicht vorhanden, welche durch die Verletzung betroffen wurde [106]), oder wenn er die betroffene Person entschieden nicht verletzen wollte [107]).

Abgesehen von diesem Bewußtsein der Kränkung folgten nun aus dem obigen Begriff der iniuria von selbst zwei Erfordernisse: ein wirklicher Eingriff in eine fremde Persönlichkeit und daß dieser widerrechtlich geschehe. Das erstere setzte vor Allem wieder eine rechtsfähige Person voraus. Wenn jedoch die zwölf Tafeln wegen os fractum vel collisum auch dem Sclaven eine Geldstrafe zusprachen (oben S. 133), so lag darin ein singulärer gesetzlicher Ausspruch, daß auch der Sclav als Mensch eine wenigstens für solche schwere Injurien empfängliche Persönlichkeit haben solle. Und so faßten denn spätere Juristen auch die prätorische Erweiterung jenes Zwölftafelgesetzes auf. Die Klage wegen einer solchen „servilis iniuria" (L. 7. §. 2. D. h. t.) wird zwar lediglich vom Herrn kraft des Eigenthums und der potestas im Moment der geschehenen Injurie erworben, weil der Sclav selbst keine Rechte haben kann, und bleibt ihm natürlich auch nach der Freilassung oder Veräußerung des Sclaven zuständig [108]), er hat sie aber nur kraft Eigenthums wegen einer iniuria ipsi servo facta, servi nomine [109]),

---

104) Der befragte Wahrsager, welcher Jemand nach seiner Kunst als Urheber eines Diebstahls bezeichnet, der es nicht ist, begeht keine Injurie. L. 15. §. 13. D. h. t.

105) L. 3. §. 4. L. 17. §. 1. L. 15. §. 15. D. h. t.

106) L. 18. §. 4. D. h. t.

107) L. 4. L. 15. §. 45. D. h. t. Wer aber eine vor ihm stehende Person in der irrigen Meinung, sie sei der Titius, schlägt, wollte doch diese Person schlagen. L. 18. §. 3. D. h. t.

108) Ulpian und Paulus L. 29. 30. pr. D. h. t. Doch scheinen Trebatius und Labeo im Fall des Todes des Sclaven die actio iniuriarum für unzulässig gehalten zu haben L. 17. §. 2. D. h. t. und consequent mußten sie sie dann auch im Fall der Veräußerung versagen.

109) Ulpian L. 15. §. 35. 44. 47. D. h. t. Auch Labeo L. 1. §. 6. 7. D. eod. Pedius und Paulus L. 16. D. eod. und L. 1. C. h. t. Dieser Fall wird dem entgegengesetzt, wo Jemand den Sclaven, wie irgend eine andere Sache des Herrn, in der Absicht mißhandelt, um den Herrn damit zu beleidigen; hier hat der Herr die Klage suo nomine, und in dieser Weise kann nicht blos auch wegen einer leichten Injurie, sondern auch einem Andern als dem Herrn, z. B. dem Usufructuar, b. f. possessor eine Klage zustehen, und dem Herrn

was er dadurch erlangt, ist ein Gewinn vom Sclaven [110]), und sowohl bei der Frage, ob die Injurie so schwer sei, daß für sie auch im Sclaven eine Persönlichkeit angenommen werden müsse, als auch bei der Aestimation entscheidet die verschiedene Würde des Sclaven [111]). Neben dieser Auffassung der Sclaveninjurie ging jedoch eine andere her, die, vielleicht auf eine Stelle im Edict gestützt [112]), sich besonders bei Gaius und in Justinians Institutionen findet. Sie führte dieselbe stets auf eine Beleidigung des Herrn im Sclaven zurück; denn der Sclav selbst könne keine Injurie erleiden [113]) und der Prätor selbst habe die Klage versagt, wenn der Herr zu der verletzenden Handlung eingewilligt — welches letztere Argument wenig überzeugt, da auch, wenn man diese Injurienklage auf das Eigenthum des Herrn basiert, sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen wegfallen muß, wenn er selbst die Verletzung seiner Sache genehmigt hat. Beide Ansichten mußten natürlich in vielen Anwendungen zu ganz verschiedenen Folgerungen führen, die nur in Justinians Rechtsbüchern größtentheils verwischt sind. Doch tritt darin noch eine Divergenz hervor, daß, wenn ein gemeinschaftlicher Sclav geschlagen ist, nach der ersteren Ansicht jeder Herr nicht mehr als seinen Eigenthumsantheil von der Aestimation fordern kann [114]), während nach der andern die Höhe der Aestimation sich nach dem

---

selbst steht sie dann nicht zu, wenn der Thäter nicht wußte, daß der Sclav ihm gehörte, und nicht geschlagen haben würde, wenn er es gewußt hätte. L. 15. §. 45. 48. L. 26. D. h. t. §. 6. I. h. t. L. 43. §. 5. D. de aedil. ed. (21, 1.)

[110]) L. 43. §. 5. D. de aedil. ed. (21, 1.). Ueber die Concurrenz der Injurienklage mit der actio legis Aquiliae in diesem Falle s. L. 34. pr. D. de obl. et act. (44, 7.) und dazu Zeitschr. f. Civilr. und Proc. N. F. Bd. 2. S. 195.

[111]) L. 15. §. 44. D. h. t. §. 8. I. eod.

[112]) L. 7. C. h. t. Hier sagen Diokletian und Maximian: Dominum pro atroci iniuria, quam servus eius passus est, Edicti perpetui actione proposita, qua domini etiam haberi rationem verbis evidenter exprimitur, agere posse convenit. Die Stelle, worauf die Kaiser zielen, scheint die zu sein, daß der Prätor gesagt hatte: .... deve eo, iniussu domini quaestionem habuisse dicetur. L. 15. §. 34. D. h. t.

[113]) Gai. 3, 222. §. 3. 4. I. h. t. Auch gehört hieher Salvian. de gubern. dei 8, 3. Si servos nostros quispiam caedat, nos in servorum nostrorum caedit iniuria.

[114]) Pedius und Paulus L. 15. §. 49. L. 16. D. h. t. Sed non esse aequum, pro maiore parte, quam pro qua dominus est, damnationem fieri, Pedius ait: et ideo officio iudicis portiones aestimandae erunt.

vielleicht verschiedenen Stande des einen und andern Herrn richten muß [115]).

Da die Dignität der Person mit dem Tode nicht erlöscht, wie z. B. das Interesse an einem ehrenvollen Begräbnisse, an Erhaltung eines guten Namens zeigt, und durch die fingierte Fortdauer derselben in der Erbschaft auch für einen Interessenten in dem zukünftigen Erben gesorgt ist, so zweifelte man wohl niemals, daß auch eine liegende Erbschaft durch Injurien am Verstorbenen die Injurienklage erwerben könne [116]). Anders mit dem Furtum, welches an einer Erbschaft nicht begangen werden kann, weil diese nichts überlassen und ihr also auch nichts aus dem Ueberlassungsrecht entwandt werden kann. Aber auch eine Corporation kann eine Injurie erleiden, allerdings aber nur durch Verletzung dessen, worin sie rechtsfähig ist, z. B. der ihr gehörigen Sachen [117]).

Ganz besonders hatte die Jurisprudenz ihren feinen Tact zu bethätigen, wenn es auf die nähere Bestimmung des Eingriffs in eine fremde Persönlichkeit als Erforderniß der Injurie ankam, weil die Beziehungen des Rechts der Person als solcher so sehr mannichfaltig sind. Als Haltpunkte dabei konnten ihr wohl die im Gesetz und Edict hervorgehobenen speciellen Injurien dienen, und in der That versuchte man mit dem Erwachen eines wissenschaftlichen Sinnes gegen Ende der Republik von da aus den Umfang der möglichen injuriösen Verletzungen zu bestimmen, wie die vielleicht aus Servius Sulpicius entlehnte Stelle des Auct. ad Herenn. 4, 25. zeigt: Iniuriae sunt, quae aut pulsatione corpus, aut convicio aures, aut aliqua turpitudine vitam alicuius violant. Offenbar generalisiert diese Partitivdefinition in ihrem ersten Theile die Bestimmungen der zwölf Tafeln und der Edictsformel über körperliche Mißhandlungen, im zweiten die Edictsstelle über die convicia, im dritten die über die Infamation und wahrscheinlich auch über die Angriffe auf die Geschlechtsehre. Auf derselben Bahn hielt sich Labeo, nur daß er — ein nicht glücklicher Gedanke! — das in jener Definition vereinigte subjective und objective Moment der

---

115) §. 4. I. h. t.

116) L. 1. §. 6. D. h. t. Eben so wenn ein Erbschaftssclave mißhandelt wird. Labeo L. 1. §. 6. 7. eod.

117) Paulus L. 1. §. 3. D. de extraord. cogn. (50, 11.) Fit iniuria contra bonos mores, velut si quis ... aquas spurcaverit, fistulas, lacus, quidve aliud in iniuriam publicam contaminaverit.

Verletzung zunächst in einer Oberabtheilung sonderte L. 1. §. 1. D. h. t. Iniuriam autem fieri Labeo ait aut re aut verbis; re, quoties manus inferuntur, verbis, quoties non manus inferuntur, ut cum convicium fit. §. 2. Omnemque iniuriam aut in corpus inferri, aut ad dignitatem aut ad infamiam pertinere. In corpus fit, cum quis pulsatur, ad dignitatem, cum comes matronae abducitur, ad infamiam, cum pudicitia adtemptatur. Auch die Späteren kamen wesentlich nicht über diesen Standpunct hinaus [118]). Desto besser gelang es auf dem Wege der Praxis und später auch der Theorie in einzelnen Fällen mit sicherm Tacte anzugeben, was strafbare Injurie sei, was nicht: obgleich es gerade hier, wie noch vorhandene Spuren zeigen, durch das Gedränge zahlreicher Controversen hindurchging. So kam man zu folgenden Sätzen.

Nur ein Eingriff in die fremde Persönlichkeit ist erforderlich; ob er empfunden ist oder nicht, darauf kommt nichts an [119]). Es muß aber auch ein wirklicher Eingriff sein, eine bloße Absicht oder ein mißlungener Versuch macht noch keine Injurie [120]). Eben so wenig die Nichtgewährung oder Verhinderung einer besonderen Ehrenerweisung [121]) oder eine Geringschätzung, die sich darin offenbart, daß man Jemand weniger ehrt als einen Andern, oder ein gefälliges, wohlthuendes Benehmen versagt, um das der Andere durch eine provocierende ähnliche Handlung sich beworben; denn hier verletzt und verkleinert man nicht das Recht der Person, sondern erhöht oder hegt es nur nicht. Für solche Rücksichtlosigkeiten oder Grobheiten gebrauchte man wohl den Ausdruck contumelia im Gegensatz der iniuria [122]). Dagegen können

---

118) Paulus Collat. 2, 5. §. 4. Paul. S. R. 5, 4. §. 1. Besser ist Seneca's Darstellung de constant. 5. Omnis iniuria deminutio eius est, in quem incurrit, nec potest quisquam iniuriam accipere sine aliquo detrimento vel dignitatis vel corporis vel rerum extra nos positarum: nur scheint er iniuria selbst nach dem Zusammenhange in einem weiteren Sinne zu verstehen.

119) Daher auch gegen Kinder, Wahnsinnige, Abwesende, Erbschaften Injurien begangen werden können. L. 1. §. 6. 7. L. 3. §. 1. 2. L. 15. §. 7. D. h. t.

120) L. 15. §. 10. 17. D. h. t. Daher ist auch ein verfehlter Schlag keine Injurie, wohl aber die Bedrohung mit Schlägen. L. 15. §. 1. D. h. t.

121) Labeo L. 13. §. 5. D. h. t.

122) Senec. de constant. 4. Dividamus, si tibi videtur, Serene, iniuriam a contumelia. prior illa natura gravior est, haec levior et tantum delicatis gravis, qua non laeduntur sed offenduntur. 10. Contumelia est minor iniuria, quam queri magis quam exequi possumus, quam leges quoque nulla

wirkliche Injurien begründen zunächst 1. körperliche Einwirkungen, welche in das Recht der Person an ihrem Körper selbst eingreifen, wie außer den im Edict vorgesehenen pulsare, verberare, Tortur, das Besudeln mit Unreinigkeiten, die Nothzucht, Beibringung schädlicher Tränke, Festhalten, Fesseln [123]). 2. Thatsächliches Drohen mit Schlägen, weil darin eine verwandte Erniedrigung durch Vermittelung des Gesichtssinns liegt [124]), und Antasten des Gefühls der Sittsamkeit ehrbarer Frauenzimmer oder Prätextati durch unzüchtige Reden [125]). 3. Nach dem Edict convicium adversus bonos mores, was man zunächst auf vereinte Schmähreden Mehrerer, dann aber auch auf alle in Versammlungen wider Jemand ausgestoßene Schmähreden bezog, da andere zu ohnmächtig schienen, um zu verletzen [126]). Da aber die Anwesenheit Anderer nicht blos von solchen, die zusammen schmähen oder auf des Schmähenden Seite stehen, sondern auch von solchen, in deren Augen der Geschmähte herabgesetzt wird, zu verstehen ist, so ist dieser Angriff mit der Infamation nahe verwandt [127]). 4. Diese umfaßt Alles, wodurch Jemandes guter Ruf vermindert wird, sei es der moralische, z. B. durch Nachsagen von Verbrechen oder Schlechtigkeiten [128]) — sofern nur die schuldgegebene Schlechtigkeit nicht wahr ist, weil sonst keine wirkliche Verminderung eintritt, sondern die bereits vorhandene nur

---

dignam vindicta putaverunt. Hunc affectum movet humilitas animi contrahentis se ob factum dictumque inhonorificum. „Ille me hodie non admisit, cum alios admitteret: sermonem meum aut superbe aversatus est, aut palam risit, et non in medio me lecto sed imo collocavit“ et alia huius notae.

[123]) Gai. 3, 220. §. 1. I. h. t. L. 1. §. 1. D. de extraord. crim. (47, 11.) L. 15. pr. D. h. t. Sueton. Vitell. 7. Paul. 5, 6. §. 5. und oben Anm. 33. 49. 74. Auch gehört hierher das widerrechtliche Schleppen vor Gericht L. 5. §. 1. D. qui satisd. cog. (2, 8.), das Herunterreißen von Pferd oder Wagen Paul. S. R. 5, 6. §. 5., das widerrechtliche Wächterschicken an eine angeblich schwangere Frau. L. 1. §. 8. D. de inspic. ventr. (25, 4.).

[124]) L. 15. §. 1. D. h. t. wo utilis iniuriarum actio wohl nur eine erfolgreiche Injurienklage heißt.

[125]) L. 15. §. 21. D. h. t.

[126]) L. 15. §. 2—12. D. h. t. Fest. v. Convicium.

[127]) L. 15. §. 5. 12. D. h. t.

[128]) L. 15. §. 29. D. h. t. Es kann auch durch eine Handlung geschehen, z. B. welche einen Richter als bestochen L. 15. §. 30. eod., Jemand als wegen eines Verbrechens in Anklagestand versetzt darstellt. L. 15. §. 27. L. 39. D. h. t.

offenbar gemacht wird, was selbst im öffentlichen Interesse liegt [129]) — oder durch Schmähschriften, die unwahre Schlechtigkeiten nachsagen oder herabwürdigend behandeln [130]), oder sei es die Geschlechtsehre, indem man ehrbaren Frauen oder Knaben unkeusche Zumuthungen macht, ihnen nachgeht oder sie von ihrem Begleiter trennt und sie dadurch in den üblen Ruf bringt, sich mißbrauchen zu lassen [131]), oder auch die ökonomische Ehre, indem man wissentlich und unberechtigt etwas thut, was das Vertrauen in Jemandes Zahlungsfähigkeit untergräbt [132]). Endlich gehört dahin auch jedes öffentliche verächtliche Bezeigen, wie Auszischen [133]), und daß man Jemand seine Freiheit oder seinen höhern Stand abspricht [134]). Wogegen man spitzige oder witzige Bemerkungen über körperliche Gebrechen und unangenehme Erfahrungen nur zu den nicht strafbaren contumeliae gerechnet zu haben scheint [134*]). 5. Das Recht der Person erstreckt sich aber auch auf körperliche und unkörperliche Sachen, sei es dem Eigenthum, dem Besitz oder Gebrauch nach oder in welchen sonstigen Formen, und kann daher auch durch Angriffe auf diese verletzt werden, mag man etwas körperlich verletzen, gewaltsam eindringen, wegnehmen, mißbrauchen, vorenthalten, calumnios einklagen, oder Jemand nur hindern, sich eines Rechts zu bedienen, das ihm zusteht [135]). Nur muß hier überall nicht blos wie bei jeder Injurie ein wirkliches Unrecht und das Bewußtsein desselben, sondern, da auch unter dieser Voraussetzung an sich ein vermögensrechtliches Delict

---

129) L. 18. pr. D. h. t.

130) Gai. 3, 220. L. 5. §. 9. 10. D. h. t. §. 1. I. h. t.

131) L. 1. §. 2. L. 9. §. 4. L. 10. L. 15. §. 16. 23. D. h. t. So scheint man diesen Fall aufgefaßt zu haben, da er auch zur Infamation gerechnet wird. Die abductio comitis sah aber Labeo als eine ad dignitatem pertinens iniuria an, und wohl richtig, indem ein solcher Schutz eben so zur Behauptung eines anständigen Auftretens für solche Personen gehört, wie die Bedeckung durch Kleider. Auch ist es die Frage, ob der Prätor selbst nicht alle Vergehen gegen die Keuschheit von diesem Gesichtspunct aufgefaßt habe.

132) Gai. 3, 220. L. 5. §. 1. D. qui satisd. cog. (2, 8.) L. 15. §. 31—33. L. 19. 20. D. h. t. L. 31. §. 5. D. de reb. auct. iud. (42, 5.).

133) Collat. 2, 6. §. 5. Vgl. oben Anm. 48.

134) L. 9. C. h. t.

134*) Senec. de constant. sap. 16—18.

135) L. 9 pr. D. h. t. — L. 23. L. 5. §. 2—5. D. h. t. — L. 25. D. de act. empti (19, 2.) L. 13. §. 7. L. 24. D. h. t. L. 2. §. 9. D. ne quid in loc. publ. (43, 8.). — L. 1. §. 38. D. depos. (16, 3.). L. 41. pr. D. ad leg. Aquil. (9, 2.). — L. 15. §. 48. L. 44. D. h. t. — L. 34. D. de re iudic. (42, 1.) — L. 13. §. 3. D. h. t.

vorliegen würde, auch die Absicht obwalten, das Recht der Person in ihren Sachen zu verletzen, so daß in diesen Fällen oft die Absicht des Delinquenten die Delicte von einander unterscheidet [136]); auch würde nicht etwa, wenn z. B. der Entwender zugleich das Bewußtsein der Injurie bei der Entwendung gehabt hätte, deshalb außer der actio furti auch die actio iniuriarum begründet sein; denn da dieses Bewußtsein in der That stets mit dem Diebstahl verbunden ist und die Gesetzgebung doch beide Delicte nach der Richtung des Dolus geschieden hat, so muß das Hauptsächliche entscheiden und bei vorhandenem lucrifaciendi animus jene nur auch mittelbar vorhandene Injurie als etwas Bedeutungsloses betrachtet werden [137]). Anders freilich bei der widerrechtlichen Verletzung fremder Sachen, wo die actio legis Aquiliae stets, und wenn auch injuriöse Absicht obwaltete, zugleich die actio iniuriarum daneben Statt findet, weil jene schon wegen culpa eingeführt ist, so daß hier der animus iniuriandi ein selbständiges Delict begründen muß [138]). Auch würden, wenn eine Besitzentsetzung oder Vorenthaltung zugleich in injuriöser Absicht geschehen wäre, die Injurien- und possessorische Klage neben einander zustehen [139]).

Das Recht der Person erstreckt sich aber auch auf andere Personen. Stehen diese in ihrem alienum ius, so versteht es sich von selbst, daß die Klage wegen der diesen Personen zugefügten Beleidigung ihr erworben wird [140]) — was nicht hierher gehört. Aber sie kann durch deren Beleidigung ebenso wie durch Verletzungen ihrer Sachen auch selbst beleidigt werden, sobald nämlich die Beleidigung zugleich mit dem Bewußtsein einer Injurie gegen den geschah, in deren

---

136) L. 53. pr. D. de furt. (47, 2.).

137) Daher sagt Paul. S. R. 5, 6. §. 5. es werde eine utilis vi bonorum raptorum actio gegeben, wenn Jemand carruca aut equo deiicitur. quibus non abductis iniuriarum actio datur — und also nicht auch dann, wenn Pferd oder Wagen weggenommen sind. Wenn aber nicht blos eine Wegnahme der Sache, sondern daneben auch, obgleich zum Zweck derselben, eine Verletzung der Person z. B. durch Schlagen Statt gefunden hat, so ist natürlich dadurch eine Injurien- neben der furti actio begründet.

138) L. 35. pr. D. de obl. et act. (44, 7.) L. 17. §. 2. D. h. t. L. 5. §. 1. D. ad Leg. Aquil. (9, 2.).

139) Cic. pro Caec. 12.

140) Wegen der Sclaven s. Anm. 108. Wegen der filiifamilias L. 1. §. 5. L. 41. D. h t. Die Zuständigkeit der Klage wird beim Vater selten erwähnt, weil der filiusfam. die Klage nach der Lex Cornelia stets, nach dem Edict in Abwesenheit des Vaters selbst hatte.

Recht sie stehen [141]). Dieses ist jedoch stets schon alsdann anzunehmen, wenn dem Beleidiger nur bekannt war, daß sie in fremdem Recht stehen, mochte ihm auch die Person des Inhabers dieses Rechts unbekannt sein [142]), und nicht ein besonderer Grund den Willen, den letzteren zu beleidigen, ausschloß; denn im Uebrigen bewirkt die bloße Personeneinheit des Beleidigten mit dem, in dessen Potestas, Manus oder Mancipium er steht [143]), daß in ihm auch der letztere verletzt wird und zwar durch Injurie, da die Verletzung des Unterworfenen selbst Injurie ist [144]). Diejenigen, welche eine servilis iniuria annahmen, hätten nun auch, wenn ein Sclav schwer beleidigt war, dem Herrn eine doppelte Injurienklage, in eigenem und in des Sclaven Namen zugestehen müssen; sie gaben jedoch, wie es scheint, nur Eine — wohl nach der Ansicht, daß der Prätor nur, wenn sonst keine Klage begründet sei, die Sclaveninjurie habe bestrafen wollen — nämlich im Namen des Herrn, wenn der Sclav geschlagen war, um diesen zu beleidigen, außerdem im Namen des Sclaven [145]), und darin kam diese Ansicht mit der entgegengesetzten überein, die nur die Eine Klage stets auf eine mittelbare Beleidigung des Herrn im Sclaven zurückführte. Bei der Beleidigung freier Personen in fremdem Recht war man aber auch einverstanden, daß im Namen eines jeden Beleidigten eine besondere Injurienklage zustehe [146]) und jede von diesen Injurien hinsichtlich der Frage, ob sie begangen und wie hoch sie zu schätzen sei, besonders in Betracht komme [147]). Streitig war längere Zeit die Frage, ob auch durch die Beleidigung einer Frau, die nicht in der Manus ihres Mannes steht, der Mann, oder wenn dieser Filiusfamilias ist, der Schwiegervater beleidigt werde. Man nahm es endlich an, später selbst auch mit Erstreckung auf das Brautverhältniß, indem die Innigkeit des ehelichen oder Verlobtenverhältnisses, worin der weibliche Theil dem Recht

---

141) Paul. S. R. 5, 4. §. 3. Si liberis, qui in potestate sunt, aut uxori fiat iniuria, nostra interest vindicare. Ideoque per nos actio inferri potest, si modo is, qui fecit, in iniuriam nostram id fecisse doceatur.

142) Paulus L. 18. §. 4. 5. D. h. t.

143) Natürlich wird eine manus matrimonii causa und ein die Stelle der patria potestas vertretendes vorbehaltenes Mancipium vorausgesetzt.

144) Daher würde auch hier, wenn ein filiusfam. oder eine uxor in manu entwandt wäre (Gai. 3, 199.), nur wegen Furtum geklagt werden können.

145) So Ulpian L. 1. §. 3. L. 15. §. 35. D. h. t.

146) Gai. 3, 221. §. 2. I. h. t. L. 1. §. 9. L. 30. §. 1. D. h. t.

147) L. 1. §. 5. L. 26. L. 18. §. 2. L. 30. §. 1. L. 31. D. h. t.

und Schutz des männlichen auch ohne civilrechtliches ius alienum natürlicher Weise hingegeben ist, die Injurie gegen den weiblichen Theil auch als einen Eingriff in die Persönlichkeit des Mannes erscheinen ließ [148]) — natürlich aber nicht auch umgekehrt [149]). Unbedenklicher nahm man wohl von jeher an, daß auch eine Beleidigung des Erblassers nach angetretener Erbschaft, mag sie in Mißhandlung des Leichnams, Störung des Begräbnisses, übeler Nachrede oder Schmähreden bestehen, den Erben zur Injurienklage berechtige [150]). Doch kann auch ein Sohn durch Zertrümmerung der Bildsäule seines verstorbenen Vaters beleidigt werden [151]). Wogegen die Verletzung eines Grabmals deshalb die Injurienklage der Betheiligten ausschließt, weil hier aus höhern Rücksichten der religio ein schwereres Vergehen angenommen worden ist. Da die Lex Cornelia nur wegen bestimmter, unmittelbar erlittener schwerer Injurien und zwar eine accusatio gab, so war man auch einverstanden, daß diese nur dem unmittelbar Beleidigten zustehe [152]).

Vermöge des zweiten Erforderniſſes der Injurie, ihrer Widerrechtlichkeit (iniuria, contra bonos mores nach dem Edict) [153]), begründet die Verletzung einer fremden Person doch keine Injurie, wenn der Verletzte zu dem, was ihm angethan wurde, zustimmte, oder es nicht als eine Kränkung aufnahm [154]), und wenn der Thäter damit ein Recht ausübte; [155]) z. B. eine Obrigkeit von Amtswegen handelte, ohne dabei ihre Amtsbefugnisse zu überschreiten [156]), oder der Vater iure potestatis

148) §. 2. I. h. t.... itemque per uxorem suam; id enim magis praevaluit (vgl. Theophil. ib.) Gai. 3, 221. nach Lachmanns richtiger Lesart. Ulpian L. 1. §. 3. D. h. t.... spectat enim ad nos iniuria, quae his fit, qui vel potestati nostrae vel affectui subiecti sint. Vgl. außerdem L. 15. §. 24. L. 18. §. 2. 4. 5. D. eod. §. 2. I. eod. L. 2. C. eod. Die Streitfrage scheint schon zu Neratius Zeit längst entschieden gewesen zu sein. L. 1. §. 8. 9. D. eod.

149) L. 2. D. h. t. §. 2. I. eod.

150) L. 1. §. 6. D. h. t.

151) Labeo L. 27. D. h. t. Natürlich gilt dasselbe von andern Verunglimpfungen der Ascendenten; es kann aber nicht auch auf andere Verwandte, mit denen keine natürliche Personeneinheit besteht, erstreckt werden.

152) L. 5. §. 6. D. h. t.

153) Senec. de constant. 8. Iniuria autem non fieri potest nisi iniuste.

154) L. 1. §. 5. L. 17 pr. L. 26. D. h. t. §. 12. I. h. t. Juristisch nicht eigentlich richtig ist also, was Senec. de constant. 7. sagt: posse evenire, ut faciat aliquis iniuriam et ego non accipiam.

155) L. 13. §. 1. D. h. t.

156) L. 13. §. 6. L. 32. 33. D. h. t.

seinen Sohn, der Herr seinen Sclaven mißhandelte [157]), der, dem ein dazu befugendes Recht an einem fremden Sclaven zusteht, denselben schlug [158]), oder wenn man in der Nothwehr einen Angreifer verletzte [159]), oder wenn Jemand gegen einen gekauften Sclaven, der seine Freiheit in Anspruch nimmt, dessen Unfreiheit, obgleich vom Gegentheil überzeugt, im Proceß behauptet, um sich den Anspruch wegen der Eviction zu sichern [160]). Ein Recht zu verkleinernden oder verletzenden Reden selbst in öffentlichen Versammlungen, wo sie also an sich ein convicium gewesen wären, scheint man auch angenommen zu haben gegen solche Personen, die durch ihre Lebensthätigkeit der öffentlichen Beurtheilung von selbst anheimfielen, die dann auch jedem Bürger als solchem oder wenigstens bei Wahrnehmung des einschlagenden öffentlichen Interesses zustehen muß: natürlich aber mit Beschränkung auf die Sphäre, in welcher jene Personen nach ihrer Stellung der allgemeinen Beurtheilung unterlagen, was auf eine meist schwer zu bestimmende Gränze hinauslief: daher die Richter in solchen Fällen oft entgegengesetzte Urtheile fällten. So erzählt Cic. ad Herenn. 2, 13. C. Caelius iudex absolvit iniuriarum eum, qui Lucilium poëtam in scena nominatim laeserat: P. Mucius eum, qui L. Accium poëtam nominaverat, condemnavit. Die Frage war nämlich, wie wir aus ad Herenn. 1, 14. erfahren [161]), ob der Schauspieler berechtigt sei, den Schauspieldichter, der mit dem unter seinem Namen zur Aufführung gegebenen Stück auch selbst dem öffentlichen Tadel anheimgegeben schien, in kränkender Weise namentlich auf die Bühne zu bringen. Noch wichtiger mußte die Anwendung auf s. g. public characters in politischen und

---

[157]) L. 7. §. 3. D. h. t. Nicht aber auch, wenn Jemand den, der in seinem Mancipium steht, beleidigt, wenn es nicht ein vom Vater bei der Emancipation vorbehaltenes Mancipium ist. Gai. 1, 141.

[158]) L. 15. §. 36. 37. D. h. t.

[159]) L. 15. §. 39. L. 17. §. 8. D. h. t. Hier wird dieser Grund durch exceptio geltend gemacht, weil der Sclav nicht sich, sondern den Herrn vertheidigte.

[160]) Gaius L. 26. D. de liber. causa (40, 12.). L. 12. D. h. t.

[161]) Als Beispiel der iuridicialis constitutio, quum factum convenit, sed iure an iniuria factum sit, quaeritur, kommt hier derselbe Fall vor: Mimus quidam nominatim Accium poetam compellavit in scena. Cum eo Accius iniuriarum agit. Hic nihil aliud defendit, nisi licere nominari eum, cuius nomine scripta dentur agenda. Auf die Namennennung kommt es blos an, weil sonst der Beweis, wer verletzt sei, sehr schwierig werden kann. L. 6. L. 15. §. 9. D. h. t.

gerichtlichen Reden sein, in denen man, nach Cicero's Reden zu urtheilen, zu dessen Zeit eine sehr ausgedehnte Freiheit der Rede angenommen zu haben scheint. [162]).

In einigen Fällen führte übrigens der Prätor deshalb besondere Strafklagen ein, weil in ihnen aus dem Grunde des formell vorhandenen Rechts zu der beleidigenden Handlung eine Injurienklage nicht begründet war, z. B. wenn Jemand Respectspersonen ohne Geheiß des Prätors vor Gericht rief.

Als Gründe des Wegfalls der Verfolgung der Injurien leitete man: 1. den der Verzeihung oder angenommenen Abfindung später aus der aequitas der Klage her [163]). 2. Daß, wenn der Beleidiger im Recht des Beleidigten steht oder hinterdrein in dasselbe kommt, die Klage wegfällt, folgt aus allgemeinen Grundsätzen [164]). 3. Die Klage erlöscht nicht blos durch den Tod des Beleidigers als poenalis actio, sondern auch durch den des Beleidigten vor der litis contestatio, weil sie eine persönliche Rache verfolgt [165]): ein Princip, welches bei dieser Klage zuerst zur Anerkennung kommen mochte, indem gewiß schon die veteres das alteri in den Zwölftafelgesetzen über die Injurien höchstpersönlich nahmen. Umgekehrt folgerte man aber auch aus dem natürlichen Charakter der Strafforderung für eine persönliche Beleidigung, daß nicht blos auch hier noxa caput sequitur, sondern auch, daß, wenn ein im Mancipium Stehender von seinem Scheinkäufer beleidigt war, er nach der Manumission — denn vorher hinderte auch das formelle alienum ius die Klage nach Civilrecht — iniuriarum klagen könnte. [166]). Auch lag darin ohne Zweifel der Grund, weshalb der Prätor dem filiusfam. im Nothfall die iniuriarum actio zugestand.

Die meisten der vorstehenden Entwickelungen des Rechts der Injurien haben wir Juristen der mittleren Kaiserzeit entnommen. Aus dem Zusammenhange der ganzen Materie ist jedoch klar, daß sie, wie hinsichtlich der Gesetzgebung, so auch von Seiten der Jurisprudenz im Wesentlichen schon zur Zeit der Republik ihre volle Ausbildung erhalten hatte.

---

162) Vgl. Unterholzner Schuldverhältnisse. Bd. 2. S. 766.

163) L. 11. §. 1. L. 17. §. 7. D. h. t.

164) Gai. 4, 78. §. 6. I. de noxal. act. (4, 8.) mit Schrader.

165) §. 1. I. de perpet. et temp. act. (4, 12.). L. 13. pr. L. 15. §. 14. L. 28. D. h. t. L. 1. §. 1. D. de priv. delict. (47, 1.).

166) Gai. 1, 141. Ebenso ohne Zweifel, wenn ein Coemptionator ohne Ehe die Frau beleidigt hatte.

Nur einen Blick werfen wir noch auf die weitere Entwickelung des Rechts der Injurien während der Kaiserzeit. Sie bietet fast nur das Bild des Verfalls. Mit der Aufhebung des ordentlichen Verfahrens verloren beide Injurienklagen, aus dem Edict und aus der Lex Cornelia, ihre processualen Eigenthümlichkeiten; insbesondere fiel mit den Vadimonien und Formeln nebst Taxation die alte Begränzung der richterlichen Aestimation weg. Der Kläger konnte nur noch eine bestimmte Summe als Strafgeld in der Klage verlangen, über die der Richter nicht hinausgehen durfte, übrigens aber ohne Unterschied zwischen schwerer und leichter Injurie [166*]). Sonst blieb dieser Unterschied für die richterliche Aestimation bestehen: eben so auch alle materiellen Bestimmungen des Edicts. Außerdem brach mit dem gesunkenen alten Bürgerthum das außerordentliche kaiserliche Strafrecht in die Privatrechtsverfolgung ein. Schon frühzeitig wurde eine ganze Anzahl schwerer Injurien mit härteren außerordentlichen Strafen belegt [167]) und man griff dazu bei jeder schweren Injurie, wenn der Thäter wegen Armuth oder Infamie die Privatklage verachten konnte [168]). In Beziehung auf Schmähschriften erschöpfte sich die Kaiserzeit mit Rücksicht auf deren politische Gefährlichkeit in einer Menge von polizeilichen Maaßnahmen und Verordnungen, welche das ältere Recht auch grundsätzlich großentheils aufhoben [169]). So kam es schon in der Constantinischen Zeit dahin, daß alle Injurien auch außerordentlich, wiewohl meist nur auf Antrag des Beleidigten, bestraft werden konnten und man also die Wahl hatte zwischen der Civilklage und der außerordentlichen Verfolgung [170]).

Zum vierten Buch des Gaius liefern wir nur einige Nachträge (vgl. Zeitschr. f. gesch. Rechtswissensch. Bd. 13. S. 248.).

166*) §. 7. 10 I. h. t.

167) Paul. S. R. 5, 4. §. 4. 5. 8. 14. 21. 22. L. 6. 38. D. h. t. L. 5. D. de extraord. crim. (47, 11). L. ult. D. de offic. Praes. (1, 16.).

168) L. 35. D. h. t.

169) Paul. S. R. 5, 4. §. 15—17. Tit. Th. C. de famos. lib. (9, 34) mit Jac. Gothofredus Nachweisungen. Tit. I. C. de famos. lib. (9, 36.).

170) L. 45. D. h. t. §. 10. I. h. t.

Viertes Buch.

IV, 41.

Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit.

Diese Lesart der Handschrift ist kürzlich von Bekker (die processf. Consumt. S. 38.) angefochten worden, man müsse vielmehr lesen ex qua actor u. s. w., weil die intentio derjenige Theil der Formel sei, aus welchem der Kläger das, was er mit der Klage erreichen wolle, die Condemnation, folgere. Diese Ansicht beruht aber auf einem völligen Mißverständniß. Die intentio ist allerdings eine logische Voraussetzung der condemnatio, aber eine Folgerung aus derselben kann man diese um so weniger nennen, als ihre beständige Richtung auf Geld auch der Sache nach nicht auf dem Recht des Klägers, sondern auf der Vorschrift des Prätors beruht. Eben so wenig fassen die Römischen Juristen die Condemnation als ein desiderium actoris auf, sondern, wie eben angegeben, als eine Vorschrift des Prätors (4, 43). Daß concludit hier überhaupt nicht „schließt", sondern nach seiner gewöhnlichen Bedeutung „einschließt", „enthält" bedeute, hat man längst und allgemein mit Recht angenommen. Im Uebrigen aber ist die gewöhnliche Auffassung und Wiedergabe der Definition des Gaius: „der Theil der Formel, worin der Kläger seine concrete Rechtsbehauptung aufstellt" [171]), ebenfalls nicht richtig. Denn desiderium heißt weder eine Rechtsbehauptung, noch kann das Recht oder Factum selbst, welches behauptet wird, damit bezeichnet werden, z. B. daß der Kläger Eigenthümer sei (was mehr als ein Verlangen ist), daß er ohne Erlaubniß des Prätors vom Gegner vor Gericht gerufen sei (was ihm gar nicht erwünscht ist). Man hat nicht beachtet, daß ein wesentlicher Theil der intentio das si (quicquid u. s. w.) paret ist. Danach verlangt in ihr der Kläger die obrigkeitliche Anerkennung (parere) des von ihm wider seinen Gegner behaupteten Rechts oder Factum.

---

171) Keller Röm. Civilproc. S. 165. Aehnlich Puchta Instit. §. 165. II. S. 107. Heffter System des Röm. u. Deutschen Civilproc. §. 115.

Auch ist eben davon die intentio so genannt. Die bloße Behauptung des Rechts findet auch schon außergerichtlich Statt; was aber der Kläger erstrebt und als Ziel verfolgt (intendit, contendit), wenn er den Weg Rechtens beschreitet, ist, daß das von ihm behauptete Recht obrigkeitlich anerkannt werde, woran denn wieder das Gesetz oder Edict neue wichtige Folgen für ihn knüpft. Zur Zeit der legis actiones gab es also noch keine wahre intentio; denn damals verfolgte der Kläger seinen Anspruch vor dem Prätor noch kraft eigenen Rechts mittels einer eigenmächtig durchzusetzenden Behauptung desselben (z. B. hunc servum meum esse aio ex iure Quiritium u. s. w.); und daß es zur Fällung eines Urtheils kam, geschah wenigstens in der Hauptform sacramento [172]) nicht zunächst wegen jener Behauptung, sondern in Folge des Widerspruchs des Beklagten, der den einen oder andern Theil, wenn er Unrecht hatte, als einen öffentlichen Rechts- und Friedensstörer erscheinen ließ, weshalb ihn ein sacramentum als Buße treffen und zur Entscheidung, ob dieselbe verwirkt sei (utrius sacramentum iustum esset), im Interesse des Staats ein Urtheil gefällt werden mußte. Nachdem aber mit Abschaffung der eigenmächtigen Rechtsverfolgung durch legis actio das Rechtsverfahren in die Hand des Prätors gelegt und in eine von ihm zu erbittende richterliche Aburtelung nach einer formula (actionis, iudicis postulatio) verwandelt war, ging natürlich auch die bisherige bloße Rechtsbehauptung des Klägers in eine von der obrigkeitlichen Ueberzeugung bedingte Behauptung, mit andern Worten in das Begehren, daß die Obrigkeit sein Recht anerkennen solle (si paret —), über: und daß auch das si paret nicht etwa als bloßer hypothetischer Theil der condemnatio und folglich als vom Prätor hinzugefügt gedacht wurde, um den von ihm gegebenen Richter gehörig zu instruieren, sieht man daraus, daß er nicht sagte: si tibi parebit, iudex, rem Auli Agerii esse, sondern schlechthin si paret, worauf erst bei der condemnatio der Richter erwähnt wurde. Nach dieser Auffassung der intentio wird nun auch das Princip der in iudicium deductio und der dadurch bewirkten processualen Consumtion, insofern es dabei vornehmlich auf

---

172) Dasselbe gilt aber, obgleich in anderer Art, auch von der iudicis arbitrive postulatio. Denn hier wurde nicht irgend ein Richter, sondern eine bestimmte Person als Richter vom Prätor begehrt, welche die Partei kraft eigenen Rechts darum angegangen hatte, ihre Irrung mit dem Gegner nach dem Recht zu schlichten. Eben daher hieß derselbe ar-biter. Es ist eine eben so ungrammatische als unrömische Vorstellung, einen „Gangrichter" darunter zu verstehen, was vor Allen der Prätor in der fundi vindicatio gewesen wäre.

die intentio ankommt, erst recht klar. Der Kläger gibt in der litis contestatio unter einem mit der formula und dieser intentio in ihr ernannten Richter sein bisheriges Recht an das Urtheil des Richters darüber dergestalt hin, daß, wenn sein Recht oder die Thatsache, auf die er sich stützt, einleuchte, der Gegner condemniert werden solle, und erwirbt also, statt seines bisherigen Anspruchs — wenn es eine Obligation war, auf dari oportere — den auf condemnari oportere. Die Novation erfolgt aber auch unbedingt und sogleich, weil jene Hingabe eine abstract allgemeine, jene Bedingung der Condemnation eine gegenwärtige ist (si paret, nicht si parebit), so daß das erst nach einiger Zeit gefällte Urtheil, so weit es die Existenz des Rechts betrifft, auf die Zeit der litis contestatio zurückbezogen gedacht werden muß.

Wenn wir übrigens die Natur der intentio nach ihrer Einleitung mit si paret erklärt haben, so soll damit nicht bestritten werden, daß man auch wohl die bloße Behauptung des Klägers intentio genannt hat, was in der That in vielen Stellen und selbst in Formeln vorkommt. Aber dann ließ man das paret nur um der Kürze willen weg und verstand doch die Behauptung als eine zur richterlichen Ueberzeugung verstellte. Auch liegt in dem aio der Legis-Actionen schon eine feierliche den Beistand der Obrigkeit anrufende Rechtsbehauptung und also auch schon ein Keim der intentio.

IV, 48.

iudex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, sed aestimata re pecuniam eum condemnat.

Hier ist sed von Göschen hinzugefügt, dem alle Spätern gefolgt sind. Erst neuerlich hat man vorgeschlagen, es vor sicut einzuschalten, wo es wegen des folgenden s allerdings noch leichter hätte ausfallen können. Man müßte dann aestimata re zu sicut olim fieri solebat ziehen und Gaius hätte mit diesem Zwischensatze aussagen wollen, daß auch früher — vor dem Formelverfahren — eine solche Geldcondemnation vorgekommen sei, aber damals erst nach einer besondern Liquidationsinstanz. Dieses ist nun zwar richtig, dennoch aber diese neue Lesart zu verwerfen. Man sieht nach ihr nicht recht ab, warum so auf das ältere Recht Bezug genommen wird; der Gedanke wird dadurch nicht klarer und das alte Verfahren selbst sehr dunkel dargestellt, da man die Worte sicut olim fieri solebat aestimata re ganz wohl so verstehen könnte, als sei auch damals von vornherein blos auf die

Aestimation verurtheilt worden. Auch müßte nach dem Styl des Gaius, wenn er von der älteren Condemnation nicht früher besonders gehandelt hat, was nicht wahrscheinlich ist, sicut etiam olim stehen. Nach der recipierten Stellung des sed ist dagegen der Gedankengang wie der Ausdruck gleich lichtvoll und befriedigend. Man hat freilich bezweifelt, daß zur Zeit der Legis-Actionen schon eine Verurtheilung auf das eingeklagte Object Statt gefunden, und vielmehr gemeint, daß wenigstens formell nur darüber, wessen sacramentum iustum oder iniustum sei, eine Entscheidung getroffen worden sei. Aber mit Unrecht. Allerdings wurde über das sacramentum zunächst entschieden, wie viele Stellen bezeugen [173], und wir haben eben (zu 4, 41.) gesehen, warum. Daß aber der richterliche Ausspruch ganz ausdrücklich auch die Streitsache selbst betraf, erweist vor Allem die Behandlung der Injurienklage im ältern Proceß nach Sex. Cäcilius Darstellung (Gell. 20, 1. oben S. 124.):

Nam si reus, qui depecisci noluerat, iudici talionem imperanti non parebat, aestimata lite iudex hominem pecuniae damnabat.

Der Richter sprach also in Gemäßheit der legis actio des Klägers und des Zwölftafelgesetzes selbst talio esto oder talionem impero oder tibi addico aus, wie dieses auch die allgemeine Vorschrift der zwölf Tafeln (Gell. 17, 2) praesenti stlitem addicito — welche nicht blos vom Fall des ausgebliebenen Beklagten spricht — erforderte, worin lis nach Ausweis der praedes litis et vindiciarum nur die res ipsa bedeuten kann. Auch folgt dieses aus der Natur des älteren Verfahrens. Allerdings machte damals der Kläger sein Recht aus eigener Macht geltend, aber doch in iure, vor der an Jovis Stelle sprechenden Obrigkeit (iovdex), was keinen andern Sinn haben konnte, als daß er deren Auctorität und Hülfe für seine Geltendmachung in Anspruch nehme. Es kam daher auch schon damals, wenn in iure schließlich keiner von beiden nachgab, zur lis und litis contestatio, d. h. das streitige Rechtsverhältniß wurde zu einem öffentlichen gemacht, der Obrigkeit anheimgegeben [174]), damit sie nach Untersuchung der Sache dem

---

[173]) Keller, Röm. Civilproc. S. 55. Anm. 205. Stintzing Leg. act. sacram. und praeiud. spons. S. 32. Der letztere Schriftsteller hat §. 5. 6., wie wir gelegentlich bemerken, die richtige Meinung bereits aus einem andern Gesichtspunct und zum Theil mit andern Argumenten überzeugend vertheidigt, die deshalb hier nicht wiederholt werden.

[174]) Denn leis von λεώς und einem noch in λειτουργία sichtbaren Adjectiv λειτόν bezeichnet ein Streitverhältniß, insofern es zur Mithülfe und deshalb zur Entscheidung des Staats verstellt ist.

helfe, welcher wirklich Recht habe, und das litem addicere oder, wie es auch oft heißt, litem secundum alterum dare war eigentlich weiter Nichts als die Zusprechung der Staatshülfe für das Parteienrecht, welches wirklich als Recht erschien: so wie vindicias secundum alterum dare die obrigkeitliche Bestärkung des von der Partei vor der Obrigkeit in Anspruch genommenen Besitzes. Hiernach mußte aber auch das Urtheil über die Sache selbst ganz denselben Inhalt haben, den die Partei in der legis actio behauptet hatte. Man würde die Worte des Gaius in der obigen Stelle ohne Grund pressen, wenn man aus ihr folgern wollte, daß der Richter sein Urtheil in der Form der condemnatio ausgesprochen habe, was ja auch z. B. im Fall einer in rem actio gar nicht möglich war. Dagegen sehen wir aus der Darstellung des Cäcilius, daß, wenn der Beklagte, auch nachdem die Obrigkeit durch die litis addictio sich auf die Seite des Klägers geschlagen hatte, noch ferner widerstand, dann erst aestimata lite damniert wurde, und das hat auch innern Zusammenhang. In der ältesten Zeit mochte es, wenn der Beklagte dem Kläger und der Obrigkeit trotzte, zur unmittelbaren Gewaltübung mit Hülfe der letzteren gekommen sein, sowie die oves und boves multae dictae dem contumax mit Gewalt von der Obrigkeit abgenommen wurden (Gell. 11, 1.). Darin trat nun nach den zwölf Tafeln zum Behuf größerer Gleichmäßigkeit, wie auch kurz vorher nach der Lex Aternia Tarpeja bei der Mult (Gell. 11, 1. Fest. v. Aestimata poena) die Milderung ein, daß der mit öffentlicher Auctorität bekleidete Anspruch des Klägers zu Erzgelde abgeschätzt (lis aestimabatur), zugleich aber auch der Beklagte dem Kläger darauf damnas erklärt wurde (damnas esto, damnabatur). Ich habe nämlich schon im Recht des Nexum S. 51. 66. gezeigt, daß diese Formel die publicistische Verpflichtung bezeichnet, deren eigenthümliches Recht darin besteht, daß sie mit einem Machtverhältniß des Gläubigers über die Person des Pflichtigen verbunden ist. Wir dürfen jetzt hinzufügen, daß die erste oder doch eine der ersten Anwendungen des Wortes eben diese bei der richterlichen Aestimation war. Denn hier vor Allem trat die damnatio für ein Verhältniß ein, in welchem der Kläger mit Hülfe des Staats seinen Anspruch gegen den Beklagten durch Gewalt geltend zu machen berechtigt war, und der Geldbetrag wurde gewisser Maaßen stellvertretend festgesetzt, um jene Gewaltübung zu z ä h m e n (wovon damnum Anm. 19.), weshalb man auch litis aestimationem s u f - ferre, wie arietem subiicere sagte (z. B. Gai. 4, 75. 89.). Allerdings lag aber in jener Milderung der litis aestimatio zugleich die Schär-

fung, daß der Anspruch mit seiner Auswerfung in Geld von dem concreten Gegenstande der litis addictio, z. B. dem vindicierten Grundstücke, dem eingeklagten Sclaven, Kleide, Gold, Silber, auf die familia pecuniaque übertragen und daher, wenn nun auch die litis aestimatio nach den dies XXX iusti nicht gezahlt war, eine manus iniectio gegen die Person des Verurtheilten selbst, sofern in ihr die bestimmte Geldsumme als eine dem Kläger obligatorisch unterworfene (nexa) sich befand, zulässig wurde. Bei dieser sagte der Kläger: Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium X milia, quae dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manus inicio (Gai. 4, 21.): wie wir nun sehen, streng richtig. Der Beklagte war iudicatus durch die vom iovdex ausgesprochene litis addictio und aestimatio; er war damnatus nach Art und Inhalt seiner Verpflichtung. Weil aber die volle iovdicatio, wie sie jetzt nach dem Recht eintrat, die litis aestimatio mit in sich faßte, so konnten die zwölf Tafeln auch sagen: aeris confessi rebusque iure iudicatis dies XXX iusti sunto (Gell. 20, 1.).

Was die Zeit betrifft, welche dem Beklagten zwischen dem Urtheil und der litis aestimatio gelassen wurde, um den Kläger noch mit dem ursprünglichen Inhalt seines Anspruchs zu befriedigen, so haben wir darüber zwar kein unmittelbares Zeugniß. Wir dürfen aber eine Frist von höchstens 10 Tagen mit ziemlicher Sicherheit annehmen aus folgendem Grunde. Ein anderer Fall der damnatio, auf den dieser Ausdruck ohne Zweifel von der richterlichen übertragen wurde, war der, daß eine Gottheit, der man für die Gewährung einer Bitte etwas gelobt hatte, namentlich Hercules, dem von einem zu machenden Gewinne der Zehnte gelobt zu werden pflegte, den Gelobenden durch Erfüllung seiner Bitte des Gelobten pflichtig machte (voti damnabat)[175]. Ursprünglich war nun gewiß auch hier der natürliche Zehnte entrichtet worden, was pollucere hieß. Frühzeitig trat aber auch hier für die polluctio eine Aestimation (decimam facere) ein, welche der Idee nach wiederum die Gottheit selbst vornahm[176]), mochte nun der Gelobende selbst oder ein Priester Namens derselben wirklich ästimieren: also we-

---

175) Am besten hat davon gehandelt Henzen im Bullet. dell' Instit. archeol. 1845. p. 71 seq.

176) Dieses zeigt besonders das Gebet des voti damnas an die Gottheit, der er gelobt hatte, bei Gruter. 96, 7. perficias decumam, ut faciat verae rationis, d. h. bestimme selbst die Schätzung des Zehntheils, damit es richtig gerechnet sei.

sentlich ganz dasselbe Verfahren, wie wenn im Civilproceß vom Richter zuerst auf die Sache selbst verurtheilt und darauf ästimiert wurde. Nun sagt aber Varro bei Macrob. Sat. 3, 12. maiores solitos decumam Herculi vovere nec decem dies intermittere, quin pollucerent. Spätestens am zehnten Tage geschah also die Aestimation, die hier natürlich mit der Entrichtung der geschätzten Summe zusammenfiel, da dieser Fall zu einer Festsetzung von dies XXX iusti keinen Anlaß darbot. Es mag auch diese Frist von zehn Tagen eher vom heiligen Recht auf das Civilrecht als umgekehrt übertragen worden sein.

Daß der Prätor in der dritten Periode die pecuniaria condemnatio, welche in der zweiten erst zu der auf den klägerischen Anspruch selbst hinzugetreten war, zur einzigen machte, hängt mit der gleichzeitigen Umwandelung des Processes zusammen, die wir als einen Uebergang aus der Rechtsverfolgung aus eigener Macht mit Hülfe der Obrigkeit in eine von der Obrigkeit selbst zugestandene Rechtsverfolgung bezeichnet haben. Denn der vollendete Staat sieht nur in dem zu diesem Zwecke von ihm eingeführten Gelde eine rechtliche Ausgleichung der sächlichen Interessen verschiedener Parteien, und wer also von ihm eine Rechtsverfolgung mit staatlich executiver Wirksamkeit begehrt, muß sich gefallen lassen, daß der Richter nur zur Condemnation auf Geld angewiesen wird. Daß aber schon die Lex Aquilia einen wichtigen Schritt zu diesem Ziel hin gethan habe, ist oben (Anm. 16) bemerkt worden.

IV, 62. 63.

Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex em(4)pto, vendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, (5)mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, commo(6)dati (7) §. 63. Tamen iudici nullam — 11 stell. — conpensationis rationem habere — 8 stell. — formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.

In Justinians Institutionen, welche §. 28. de action. (4, 6.) eine eigene Eintheilung in actiones bonae fidei und stricti iuris aufstellen und bei dieser Gelegenheit mit dem Eingange Bonae fidei sunt hae die einzelnen Klagen dieser Art anführen, folgen dieselben ganz in derselben Ordnung wie hier bei Gaius, nur daß fiduciae als abgekommen weggelassen, nach commodati aber noch hinzugefügt werden pignoratitia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur et ea, quae ex permutatione

competit et hereditatis petitio, worauf über die letzte und die rei uxoriae actio noch einige rechtshistorische Bemerkungen wegen des spätern Rechts folgen. Daß nun Gaius, der so gut wie Justinian einen Eingang gebraucht, welcher ein im Ganzen vollständiges Verzeichniß erwarten läßt, jene b. f. actiones, welche Justinians Institutionen mehr haben, weggelassen haben sollte, muß höchst befremdlich erscheinen, wenigstens hinsichtlich der vier ersten Klagen, die eben so gangbar sind, wie die übrigen; die rei uxoriae actio konnte er allenfalls übergehen, weil sie hinsichtlich der Gegenforderungen ein eigenthümliches Recht hat; eben so die hereditatis petitio, weil es bei ihr zu seiner Zeit noch nicht anerkannt war, daß sie bonae fidei sei. Das Abbrechen seines Verzeichnisses mit commodati — wenn dieses Wort richtig ist — steht nun aber auch nach der HS. keineswegs fest. Wie Göschens und Blume's Berichte ergeben, hat nämlich der Abschreiber in Z. 6. hinter dati wieder fortgefahren depositi fiduciae p socio tutelae ****u n|i m — worin die Herausgeber bis zum Schluß der Zeile hin eine wegzulassende irrige Wiederholung dieser schon erwähnten Klagen erkannt haben; aus den beiden Zeichen zu Anfang der Z. 7. hat aber Lachmann tm=Tamen gemacht, was unmöglich richtig sein kann, da Gaius nie eine Periode mit tamen anfängt. Es ist nun wohl einleuchtend, daß, als der Abschreiber das dati zu Anfang der Z. 6. geschrieben hatte, sein Blick in der Urschrift auf man-dati (bei ihm zu Anfang von Z. 5.) zurückgefallen war, und daraus, daß er dieses Wort eben geschrieben zu haben glaubte, die Irrung, daß er die darauf folgenden Klagnamen abermals schrieb, erklärt werden muß. Darüber ging ihm aber die Zeile der Urschrift, in welcher er wirklich hätte fortfahren sollen, verloren, und in dieser werden eben die vier Klagen gestanden haben, welche Justinians Institutionen mehr haben.

Außerdem ist aber auch *commo*|dati am Ende von Z. 6. nach den Zügen der Handschrift sehr unwahrscheinlich; der Abschreiber scheint vielmehr *pignor.*|dati geschrieben und hier also auch wieder wegen der gleichen Endung commodati vor pignoris dati weggelassen zu haben. Justinians Institutionen haben zwar pignoratitia; aber dieser Name der Contractsklage, der nach seiner Bildung sich nur für die mit der hypothecaria identische Klage zu eignen schien, stand nicht Allen an; Papinian nennt jene stets iudicium, quod de pignore dato redditur, L. 32. pr. D. de negot. gest. (3, 5.) L. 42. D. de pignorat. act. (13, 7.) L. 2. D. de pign. et hyp. (20, 1.) und so

ziemte es sich noch mehr für Gaius in einem Buch für Anfänger und in einer Reihenfolge von Klagen, die bis dahin sämmtlich mit Substantiven bezeichnet waren, sie pignoris dati zu nennen. Bei der Wiederholung dieser Klagen im Uebergange von Z. 6. zu 7. scheint dagegen der Abschreiber richtig *moda|ti* geschrieben zu haben. Den Schluß von §. 62. hätten wir also so zu restituieren:

tutelae, commodati, pignoris dati (familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis).

Im folgenden §. sind dagegen die Lücken mit Benutzung der Bluhmeschen Scheden, in denen das *nullum* sicher unrichtig gelesen scheint, so auszufüllen:

Iudici *tm* (tamen) *horum b. f. iudr*um (bonae fidei iudiciorum) conpensationis rationem habere *n̄* (non) *quidem* formulae verbis praecipitur*), sed quia id bonae fidei iudicio conveniens videtur, ideo officio eius contineri creditur.

Der so lautende §., insbesondere das tamen, macht es nun aber wieder höchst wahrscheinlich, daß Gaius vor §. 61., also am Schluß der p. 211. der Handschrift, alles das geschrieben habe, was in §. 30. I. de act. steht, so daß wir unbedenklich, wie es die Herausgeber anderwärts häufig gethan haben, den ganzen ersten Theil jenes §. hieher herübernehmen dürfen:

In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut habita ratione eius, quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare debeat.

Man sieht, daß der §. 63., der zur Argentarien-Compensation überleiten soll, mit seinem Iudici tamen den vorher gebrauchten Ausdruck libera potestas permitti videtur iudici im Auge hat, der leicht so hätte mißverstanden werden können, als gäbe der Prätor hier dem Richter durch die Ausdrucksweise der Formel diese libera potestas.

---

*) Der Vorschlag v. Scheurls Beiträge I. S. 152. 271. Tamen iudici nullam (*licere videtur*) compensationis rationem habere (*nisi ipsis ei*) formulae verbis praecipitur scheint mir mehrfach gegen den Styl des Gaius zu verstoßen. Auch liegt der damit ausgedrückte Gedanke außerhalb des Zusammenhangs.

IV, 65.

Item ** bonorum emptor cum deductione agere debet id est ut in hoc solum adversarius condemnetur, quod superest deducto eo, quod invicem sibi defraudatoris nomine debetur.

Statt debet hat schon Blume mit Recht iubet' vorgeschlagen, welches ganz genau mit den Zügen der Handschrift übereinstimmt und dem nam is cogitur cum compensatione agere im §. 64. entspricht. Alsdann glaube ich aber auch, daß im Anfang, wo in der HS. Item debe gelesen ist und der Abschreiber, der die Sigle nicht verstand, meinte, das Wort debet, mit dem §. 64. schloß, sei nach item zu wiederholen, die ersten beiden Buchstaben von debe versetzt sind, und lese also Item ed. be = Item edicto bonorum emptor. Gegen Ende hat die Handschrift tibi defraudatoris nomine debet, allerdings sinnlos. Aber auch *sibi*—debet*ur* ist ungefügig, da nach dem Sprachgefühl sibi vielmehr auf den Kläger, den bonorum emptor, als auf den adversarius bezogen werden müßte. Man verbessere also *eibe* = ei bonorum emptor mit Beibehaltung des debet, welches Gaius auch im folgenden §. so mit invicem zusammen dem petere wie hier dem agere entgegensetzt.

IV, 66.

itaque si pecuniam petat bonorum emptor et invicem frumentum aut vinum is debeat, deducto quanti id erit, in reliquum experitur.

Dieser Text scheint an vier Stellen fehlerhaft. Zuerst ist es ganz gegen Gaius Gewohnheit, ein Beispiel ohne ein dieses anzeigendes Wort anzuführen. In dieser Materie selbst hatte er §. 64. ecce und in unserem §. 66. kurz vorher veluti dazu gebraucht. Da nun hinter itaque si in der HS. noch *u* mit einem Buchstaben, angeblich *o*, darüber steht, so werden wir auch hier itaque si velut lesen müssen; denn jenes o wird vielmehr u sein, welches, in der Zeile vergessen, darüber zu u hinzugefügt wurde, um die Sigle uu auszudrücken.

Ferner wird aus der HS. hinter deducto noch *ore* angeführt. Ich lese dieses *ape*, vollständig *apec* (nach älterer Schreibweise *apeq*), indem das c (q) von dem folgenden q absorbiert wurde. Wir erhalten dann deducto a pecunia. Gaius gab dann, wie es sich für ein Beispiel paßte (vgl. §. 64.), concret an, wie der b. emptor die deductio ausdrücken mußte. Denn lautete z. B. die intentio auf 1000 Sestertien, so mußte er fortfahren: iudex, deducto ab ea pecunia,

quanti frumenti modii XX erunt, quos invicem A.us A.us defraudatoris nomine N.o N.o debet, in reliquum N.um N.um A.o A.o condemna. (Daß debet kein Formelwort gewesen sei, scheint mir v. Scheurl Beitr. I. S. 272. nicht dargethan zu haben. Gaius braucht es überall in der Compensations- und Deductionsmaterie und selbst in den alten Leges, z. B. L. Rubr. c. 21. 22., kommt es mit dare oportere synonym vor.)

Sodann steckt auch in is debeat ein Fehler. Das sprachlich Unerträgliche in is hat schon Böcking gefühlt und statt dessen wieder mit Göschen ipse gesetzt, welches aber weit von der Handschrift abgeht. Die richtige Deutung derselben ist t. = Titio. Aber daß Gaius den Gegner des b. emptor so unvermittelt auf einmal Titius genannt hätte, wäre seiner Schreibart ganz zuwider. Kein Zweifel also, daß auch in dem vorhergehenden Satze, der das Bedenken erregt, daß für eine persönliche Klage die Hauptperson, der Beklagte, nicht genannt ist, der Abschreiber hinter petAT ein at = a Titio weggelassen hat. Lesen wir nun das ganze Beispiel nach unserer Verbesserung

> itaque si velut pecuniam petat a Titio bonorum emptor et invicem frumentum aut vinum Titio debeat, deducto a pecunia, quanti id erit, in reliquum experitur.

so entspricht es in seiner Einrichtung ganz dem Beispiel, mit welchem Gaius §. 64. die dem Argentarius entgegenzusetzende Compensation erläutert hatte.

IV, 74.

Hier scheint in den Worten ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi possit, in difficultatem se deducat etc. das vor in difficultatem sichtbare Zeichen des Codex h' = hoc, aber zu verbessern hac zu sein (nämlich actione de peculio vel in rem verso).

IV, 80.

Im Anfange dieses §. sagt Gaius nach meiner Restitution in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 14. S. 303: wenn gegen Personen in der Manus oder im Mancipium aus einem Contract derselben geklagt werden solle, so spreche der Prätor so Recht, daß, wenn sie von dem, in dessen Recht sie getreten, nicht vollständig vertheidigt würden, das Vermögen derselben, welches sie ohne Eintritt in das fremde Recht noch haben würden, zum Verkauf gebracht werde. Darauf fährt er fort:

sed cum rescissa capitis deminutione imperio continenti iudicio — —

Diese bisher noch nicht erklärten Worte, welche von einer großen Lücke unterbrochen werden, scheinen folgenden Sinn zu haben. Wenn eine Frau aus einem vor der in manum conventio während ihres suum ius gültig (also tutore auctore) geschlossenen Contract verpflichtet war [177]), so konnte jedenfalls nur eine utilis actio angestellt werden, weil die civilis obligatio durch capitis deminutio aufgehoben war. Der Gläubiger konnte aber die Klage nicht gegen die Frau richten, weil sie eben so wenig wie ein Pupill fähig war, ohne Tutor eine Klage aufzunehmen, einen Tutor aber als in manu stehende nicht hatte. Der Prätor mußte sich also darauf beschränken, so Recht zu sprechen, daß er auf Antrag des Gläubigers dem Mann, in dessen Manus sie stand, die missio in ea bona, welche der Frau ohne in m. conventio geblieben wären, androhte, falls er sie nicht in der utilis actio gehörig vertheidigen würde. Jedoch galt dieses nur, wenn der Gläubiger legitimo iudicio klagen wollte oder mußte, denn nur zu einem solchen bedürfen die Frauen der tutoris auctoritas. Ulp. 11, 27. Gai. 1, 184. 192. Zum imperio continens war sie auch aus dem Gesichtspunct nicht nöthig, daß die Frau durch keine Art von Contract, also auch nicht durch iudicii acceptio, ohne tutoris auctoritas obligiert werden könne; denn in der iudicii imperio continentis acceptio lag keine Obligation und Novation, und wenn es nicht zum Urtheil kam, galt der ganze Proceß nicht. Cic. pro Flacc. 34. Ga=

[177]) Nur an einen solchen Fall denkt Gaius, da er vorher bona, quae earum futura forent, si eius iuri subiectae non essent, erwähnt, und er konnte nur an einen solchen denken, weil eine mulier alieni iuris überhaupt nicht fähig ist, durch Contract sich civiliter zu obligieren; denn sie kann keinen Tutor haben, dessen auctoritas sie doch allein fähig machen würde, civile Schuldnerin zu werden. Die auctoritas ihres Ehemannes, in dessen manus, oder ihres Vaters, in dessen potestas sie steht, würden dazu nicht helfen. Denn für Personen in alieno iure kennt das Recht keine solche auctoritas und sie ist auch kein Bedürfniß, da ja hier das Familienhaupt selbst contrahieren kann. Dieses gilt auch noch im neuesten Recht für einen filiusfamilias impubes. L. 141. §. 1. D. de verb. obl. (45, 1.). So weiß denn auch Ulpian in dem Falle, daß Jemand nach der capitis deminutio contrahiert hat, nur Rath für eine Klage, wenn es ein arrogatus war, nicht auch gegen eine Frau in manu — wenn sie nicht etwa das ius trium liberorum hatte, dem Manche als Folge ihrer Befreiung von der Vormundschaft auch die Gleichstellung mit dem arrogatus beilegen mochten. L. 2. §. 2. D. de cap. min. (4, 5.).

ius sagt daher auch 3, 84. von unserem Falle: tamen in eum, eamve (die Frau, welche in manum convenit) utilis actio datur rescissa capitis deminutione — nämlich eben wenn imperio continenti iudicio geklagt wird. Einen ähnlichen Zusatz wird der Prätor bei seinem Edicte selbst L. 2. §. 1. D. de cap. min. (4, 5.) hinsichtlich der capite deminutae gemacht haben, wenn jene Stelle nicht aus dem Edict des Prätor peregrinus genommen ist, das nur imperio continentia iudicia kannte. An unserer Stelle wird nun Gaius diesen Unterschied ausdrücklich auseinandergesetzt haben, so daß er etwa sagte:

> sed cum rescissa capitis deminutione imperio continenti iudicio *agitur, etiam cum ipsa muliere, quae in manum convenit, agi potest, quia tum tutoris auctoritas necessaria non est.*

Die Wirkung einer solchen Klage kennen wir freilich nicht; wahrscheinlich fand hier aus dem Urtheil keine Execution in das ehemalige eigene Vermögen der Frau Statt.

Was soll aber in dieser Materie die persona in mancipio? Denn da nur personae alieni iuris ins Mancipium kommen können, so scheint der vorausgesetzte Fall eines Contracts im früheren Zustande des suum ius auf sie nicht zu passen. Jedenfalls ist dabei auch wieder nur an die Frau gedacht, welche der Coemptionator remancipiert hat, und es soll mit der Hinzufügung der Worte mancipiove nur gesagt werden, daß das fragliche Recht der missio in bona gegen den Coemptionator auch dann gelte, wenn er die Frau schon wieder remancipiert habe, so lange sie sich im Mancipium befinde. War dagegen die Frau aus dem Mancipium manumittiert worden, so gab der Prätor die utilis actio ohne Zweifel nur gegen sie selbst tutore auctore. Denn entweder hatte sie dann ihr dem Coemptionator mit oder ohne Ehe zugebrachtes Vermögen schon zurückerhalten oder es stand ihr darauf gegen den frühern Ehemann eine rei uxoriae, gegen den bloßen Coemptionator eine fiduciae actio zu, worin sie ihr Vermögen in Gestalt einer Forderung hatte, und sie verhielt sich also eben so wie ein capite damnatus restitutus, dem sein Vermögen durch kaiserliche Gnade restituiert war. Vgl. L. 8. 9. D. de cap. min. (4, 5.).

Zusatz. Nachdem ich Vorstehendes geschrieben, sehe ich, daß v. Scheurl Beitr. I. S. 272 flg. meine schon frühere Ausfüllung der Lücke dieses §. mit *ita ius dicitur, ut cum,* worauf meine jetzige Auseinandersetzung über den Schluß des §. mit beruht, angefochten hat. Seine Gründe gegen meinen Vorschlag — lediglich innere — und die von ihm aufgestellte neue Ansicht scheinen mir aber durch das, was

ich so eben, namentlich über die Beziehung des mancipiove und in Anm. 174*) über die Unfähigkeit der Frauen in manu sich zu obligieren, gesagt habe (wobei ich in Betreff der mancipati den Satz bei Gai. 3, 114. als bekannt voraussetzte), sich schon von selbst zu erledigen. Nur Ein von Scheurl ausgesprochener Gedanke bedarf noch besonderer Berücksichtigung. Er meint, man müsse unter den hier erwähnten Contracten der personae in manu mancipiove doch solche, welche sie in diesem Zustande abgeschlossen haben, verstehen, weil Gaius sie den Personen in potestate entgegensetze und auch bei diesen das sive ex contractu .... earum controversia esset nur von Geschäften verstanden habe, welche von ihnen als filiifamilias oder servi eingegangen sind. Das hat nun allerdings einen äußeren Schein. Aber zuerst ist dagegen zu sagen, daß Gaius aus dem schon (in Anm. 174.) angeführten Grunde nur Contracte derselben aus ihrem Zustande im suum ius verstanden haben kann. Auch war sein Ausdruck cum ex contractu earum ageretur, wenn gleich nicht ganz genau, doch für jeden unmißverständlich, der als Jurist oder aus dem gemeinen Leben wußte, daß Frauen in manu unfähig waren, sich durch Contracte klagbar zu obligieren. Jene Parallelisierung der Contracte der Personen in potestate und derjenigen der Personen in manu mancipiove scheint mir aber auch rein äußerlich und nicht in der Natur der Verhältnisse selbst begründet. Man beachte zunächst, daß Gaius nicht von den Contracten der beiden Arten von Personen, sondern von der klagbaren Verhaftung derjenigen, in deren Recht die eine und die andere Art derselben steht, aus deren Contracten spricht. Da setzt er nun bei der zweiten Art von Personen natürlich solche Contracte voraus, aus denen überhaupt eine Klage entspringen kann, und das sind nur ante gesta. Sodann besteht aber zwischen beiden Arten der wesentliche Unterschied, daß die Personen in potestate von Geburt oder doch überhaupt an sich und dauernd in diesem Verhältnisse stehen, so daß bei ihnen, von dem seltenen Falle der Arrogation abgesehen, nur von Contracten, die sie in diesem Zustande geschlossen haben, die Rede sein kann: wogegen der Stand in manu mancipiove stets schon einen früheren natürlichen Stand (im suum ius oder als filiafam.) voraussetzt, zu dem er sich gleichsam als eine unnatürliche Neuerung verhält, wonach man denn,

---

*) Insbesondere muß ich bei der Beziehung stehen bleiben, welche ich dort der L. 2. §. 2. D. de cap. min. gegeben habe. Savigny's Erklärung derselben, der Scheurl so entschiedenen Beifall zollt, scheint mir wenig begründet.

wenn von dem Verhaftetsein aus den Geschäften solcher Personen die Rede ist, ganz natürlich Geschäfte derselben aus der Zeit ihres früheren natürlichen Zustandes verstehen wird.

IV, 131.

item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus ita praescribere: EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPANDO: ut postea si velimus vacuam possessionem nobis tradi, de tradenda ea vel ex stipulatu vel ex empto agere possimus. alioquin protinus totius illius iuris obligatio .... consumitur.

Die Worte alioquin protinus haben nach den Zügen der HS. auch nicht einmal eine entfernte Wahrscheinlichkeit und dazu begreift man nicht, warum die Consumtion durch die 30 Tage später erfolgende litis contestatio protinus geschehen solle. Die Züge der Handschrift führen auf *n̄ si n̄ p̄sc|ribimus* (wovon nur das c am Ende der Zeile, wie so oft, unsichtbar geworden ist) = nam si non praescribimus, was denn der Ausdrucksweise in dem früheren Beispiele alioquin si sine hac praescriptione egerimus entspricht und auch dem Sinne nach vollständig genügt.

Ueber den eigentlichen Grund der Nothwendigkeit der praescriptio herrscht immer noch viel Unklarheit und Streit. Keller behauptet [178]), der Kläger habe mit der intentio incerta nach der beständigen Bedeutung des quicquid alterum dare facere oportet zwar nur das bereits Fällige eingeklagt, wie die Condemnation zeige, die ja nur auf dieses gerichtet werde, man habe aber doch die Consumtion des ganzen Anspruchs angenommen — wegen der Einheit der Hauptobligation mit allen ihren Verzweigungen. Buchka hat dagegen gezeigt [179]), daß die Römischen Juristen ausdrücklich eine andere Bedeutung jener Worte in der intentio der Klagformeln — wo sie alle Leistungen umfassen — und in Stipulationen oder Legaten — wo sie nur auf das schon Fällige gehen — annehmen und sie dort in der That so verstehen, daß der Kläger damit auch die zukünftigen Leistungen fordere [180]). Auch macht

[178]) Litis-Contest. S. 257. 517 flg. und Röm. Civilproc. §. 41. S. 175.

[179]) Einfluß des Proc. I. S. 31 flg.

[180]) L. 76. §. 1. L. 89. 125. D. de verb. obl. (45, 1.) L. 46. D. de leg. 2. Die allerklarste Stelle für das Letzte, welche Buchka entgangen ist,

er in Betreff des Grundes der verschiedenen Bedeutung die richtige Bemerkung, man müsse im Proceß die Beziehung auf alle, auch die zukünftigen Leistungen für schlechthin nothwendig gehalten haben, weil ja sonst der Wille des Klägers über den Umfang seiner intentio entscheide. Im Uebrigen aber kommt er hinsichtlich der Nachweisung des Grundes selbst wesentlich nicht über die Kellersche „Einheit einer mehrgliedrigen Obligation" hinaus, nur daß er sie hier mehr formell und als ein Ueberbleibsel aus älterer starrer Rechtsansicht faßt. Diese letztere Annahme ist jedoch offenbar ein bloßer Nothbehelf; die Einheit der Obligation nach Kellers Ansicht aber müßte, wenn sie diesen Sinn hätte, es eben so gut unmöglich machen, daß blos das bereits Fällige durch Stipulation, wie daß es durch Litis-Contestation noviert werde. Wir werden also tiefer in die Sache selbst eingehen müssen.

Daß das erst zukünftig Fällige auch als wirkliches debitum angesehen und also unter dem quicquid dare facere oportet mit verstanden werden kann, unterliegt keinem Zweifel. Ulpian bezeugt es ausdrücklich [181]); wer ein in diem debitum bezahlt, hat eine wirkliche Schuld abgetragen und kann nicht indebitum condicieren [182]), eine solche Schuld kann unbedingt noviert [183]), constituiert [184]), ein Pfand dafür bestellt werden, und wenn man sie ante diem einklagt, wird auch ein wirkliches Recht in iudicium deduciert und consumiert. Woher denn also, daß es nicht stets so verstanden wird? Der Grund liegt in der Natur des Forderungsrechts, welches seinen Begriff in zwei Momenten vollendet. Denn es ist theils seiner Begründung nach ein Recht an sich und als solches eben so wie Eigenthum, Erbrecht u. s. w. von der Kategorie der Zeit unabhängig, theils seinem Interesse nach ein Recht zu seiner Ausübung, d. h. zur thatsächlichen Forderung dessen, was der Andere schuldig ist, und nach dieser Seite von der Zeit abhängig [185]). Beim Eigenthum, Besitz, Erbrecht u. s. w. treten diese beiden Momente möglicher Weise wohl auch auseinander, aber ohne rechtliche Bedeutung, weil hier die Ausübung einseitig in der Macht

---

findet sich bei Cic. de orat. 1, 37., wo er von der Klage mit einer incerta intentio ohne praescriptio sagt: ut si ille inficiator probasset iudici, ante petitam esse pecuniam, quam esset coepta deberi etc.

181) L. 7. pr. D. de compens. (16, 2.).

182) L. 10. L. 16—18. 56. D. de condict. indeb. (12, 6.).

183) L. 76. §. 1. L. 89. D. de verb. obl. (45, 1.).

184) L. 3. §. 2. L. 4. D. de pecun. const. (13, 5.).

185) Vgl. Gai. 3, 124.

des Berechtigten liegt. Bei der Obligation dagegen gibt ihnen der Umstand, daß das Object des Rechts die freie Handlung einer Person ist, auch eine rechtliche Bedeutung. Die den Obligationen eigenthümliche mora, welche ein Unrecht gegen das Ausübungsrecht der Obligation ist, beruht hierauf. An sich enthält nun das obligatorische Recht mit seiner Begründung auch das Recht zu seiner Ausübung und ist dann ein vollkommenes Forderungsrecht. Aber es kann auch bei der Contrahierung durch ausdrückliche Festsetzung das zweite Moment vom ersten zu Gunsten des Schuldners getrennt werden und dieses ist die stipulatio in diem. Alsdann ist der Schuldner nach der Begründung des Rechts auch schon, nach der Ausübung aber noch nicht und also überhaupt nur unvollkommen schuldig[186]). Fordert daher der Gläubiger thatsächlich, also auch etwas Bestimmtes von ihm, so behauptet er zwar mit Recht gegen ihn dare eum oportere, in der Geltendmachung der Schuld als einer factisch zu entrichtenden (petitio) liegt aber eine Steigerung derselben zu einer vollkommenen Obligation und also um das Interesse der Jetztentrichtung (tempore plus petit), und eine Klage dieser Art muß mit Verlust der Sache abgewiesen werden[187]).

Wenn nun aus einem Contract, z. B. einem Pacht, theils fällige theils zukünftige Leistungen geschuldet werden und man stipuliert novierend quicquid te ex ea conductione dare facere oportet, so hat man nach diesem bloßen Wortlaut im Zweifel[188]) anzunehmen, daß nur das vollkommen Geschuldete noviert sei. Denn in der Regel beabsichtigt man bei freiwilligen Rechtsgeschäften, ihnen ein wirkliches

---

[186]) So vereinen sich die Stellen, welche ein in diem debitum auch ein debitum nennen und die, welche davon sagen nondum debetur. Genauer sagt aber Ulpian davon in L. 7 pr. D. de compens. (16, 2.) dari oportet und doch zugleich Celsus L. 186. D. de reg. iur. (50, 17.) peti non potest — nämlich mit dem Erfolge einer Condemnation.

[187]) Lautete die vor dem Zahlungstage der Kalenden angestellte Klage si paret N. N. Calendis centum dare oportere, so würde sie vom Prätor zurückzuweisen sein, weil es in der Natur der Klage liegt, sein Interesse damit geltend zu machen, welches hier nicht vorhanden ist, und daher nulla legis actio prodita est de futuro. Fragm. Vat. 49. Vgl. L. 35. D. de iudic. (5, 1.). Wäre sie aber doch zugelassen, so würde sie zwar keine pluris petitio enthalten, aber doch den Verlust der Sache nach sich ziehen, da der Beklagte wegen keines Interesses des Klägers verurtheilt werden kann.

[188]) L. 46. D. de leg. 2. sagt dafür: quantum ad verborum significationem adtineret, d. h. so weit nicht die Umstände, andere Erklärungen des Testators u. s. w. auf eine andere Absicht führen.

vollkommenes Interesse zum Inhalt zu geben, was beim dare oportere nur bereits fällige Leistungen sind: das bloße Recht des quicquid dare oportet nach seiner Begründung ist hier gleichgültig. Anders, wenn man mit dieser intentio klagt. Denn da der Proceß eine Bestreitung des klägerischen Rechts voraussetzt und diese nach dem Gegensatz des si paret — si non paret stets als eine absolute aufgefaßt werden muß, so kommt es hierbei den Parteien vor Allem auf das Recht an sich oder seiner Begründung nach an, und da in dieser Hinsicht die zukünftigen und die bereits fälligen Leistungen einander völlig gleichstehen, so muß auch das quidquid auf beide bezogen werden. Was soll aber nun der Richter thun? Es ist ein Grundirrthum, wenn man mit Keller sagt, der Richter habe stets auf den Inhalt der intentio zu verurtheilen. So lautet keine Formel [189]). In dieser geht die condemnatio vom Prätor im Verhältniß zum Judex aus und befiehlt ihm eine Staatsleistung (officium iudicis), deren Inhalt im Falle des paret stets die Verurtheilung auf eine bestimmte Geldsumme ist, während die intentio die Behauptung eines Rechts oder Factum einer Partei gegen die andere enthält, die nur zufällig auch einmal auf eine bestimmte Geldschuld gehen kann. Der Richter bekräftigt also mit seiner Verurtheilung nicht etwa blos die intentio des Klägers, wie es zur Zeit der legis actiones mit dem litem actori addicere geschah (zu 4, 48.), sondern er schafft selbständig ein nach Form und Inhalt neues Schuldverhältniß zwischen den Parteien [190]), und wenn er auch hinsichtlich des Geldbetrags zur aestimatio nach Maaßgabe der intentio (mit eius oder quanti ea res est, erit) verwiesen wird, so hat er doch auch dabei sein officium als bonus vir wahrzunehmen und insbesondere zu beachten, was für rechtliche Folgen die Geltendmachung des Rechts einerseits und der Widerstand des Beklagten andererseits für die Auffassung der intentio mit sich bringt. Hiernach kann er nun in dem vorausgesetzten Falle nur wegen der bereits fälligen Prästationen con-

---

[189]) Auch die mit einer intentio incerta haben eine condemnatio nicht mit in id, sondern eius (pecuniam) condemna, und selbst in den formulae certae pecuniae wird in der condemnatio die auch schon in der intentio angeführte Geldsumme wiederholt, um die Selbständigkeit der condemnatio formell zu wahren.

[190]) Mit Recht hat Buchka hierfür den Ausspruch des Paulus angeführt L. 37. D. de verb. sign. (50, 16.) Verbum *Oportere* non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur.

demnieren; denn wegen der auch eingeklagten zukünftigen Leistungen hat der Kläger noch kein Recht zu thatsächlicher Forderung; nur eine solche schon fällige Schuld kann aber der Richter in eine Geld-Condemnation verwandeln, weil diese nach ihrer ursprünglichen Natur (s. zu 4, 48.) blos an die Stelle des widerrechtlich nicht schon Geleisteten treten soll: daher auch der Gedanke an eine Condemnation auf das Interesse nach Abzug des Interusurium oder an Erzwingung einer cautio, sua die solutum iri unmöglich ist. Auf den Betrag des Fälligen muß aber der Richter verurtheilen, da der unbestimmte Ausdruck quidquid den Vorwurf einer pluris petitio ausschließt und wegen des Fälligen allein eine Forderung in der That begründet ist.

Da nun die incerta intentio ihrer Natur nach das ganze gegenwärtige und zukünftige Forderungsrecht zerstörte, ohne mehr als eine Condemnation wegen des ersteren zu gewähren, und zur Abwehr dieses unbilligen Verlustes ein Abwarten der Fälligkeit der ganzen Schuld dem Kläger gerechter Weise nicht zugemuthet werden konnte, so mußte für eine Beschränkung der nachtheiligen Wirkungen gesorgt werden. In Fällen blos zweifelhaften Sinnes der intentio diente hierzu schon der Grundsatz, daß das aus derselben als ausgeschieden zu betrachten sei, was die Parteien ausgeschieden wissen wollten, und im Uebrigen die Absicht des Klägers entscheide [191]. Hier war aber der Sinn der intentio unzweifelhaft und es kam auch darauf an, daß der Richter wüßte, was nach Absicht der Parteien nicht in iudicium deduciert sein sollte. Da konnte nur ein formeller ausdrücklicher Vorbehalt des Prätors bei Ertheilung der Formel schützen, der auch vor die formula oder doch intentio geschrieben werden mußte, weil diese sonst doch schon das ganze Recht verzehrt hätte, wenn der Vorbehalt hinterdrein kam [192]. Natürlich wurde er dann auch positiv (ea res agatur, cuius rei dies fuit, nicht ne ea res agatur, cuius rei dies non fuit) ausgedrückt, weil der negative Ausdruck an jener Stelle noch beziehungslos gewesen

---

[191] L. 61. pr. D. de iudic. (5, 1.). L. 83. §. 1. D. de verb. obl. (45, 1.).

[192] Eine Anspielung darauf findet sich bei Arnob. 7, 31., wo er von dem Zusatz inferio bei der Opferformel mactus hoc vino inferio esto, mit dem man auch den übrigen Wein außer dem dargebrachten vor der Sacrierung schützen wollte, sagt: Qualis ergo hic honor est, in quo imponitur quasi lex Deo, ne plus quaerat, quam datum est? aut cuius ipse est aviditatis Deus, qui nisi verbi fuerit praescriptione submotus, cupiditatem suam protendat ulterius et apothecis suis supplicem privet? Nachher nennt er ihn auch eine exceptio.

und damit dem Gericht nichts befohlen worden wäre. Die Wirkung war aber, daß nun blos das bereits Fällige in iudicium deduciert wurde und wegen des Uebrigen eben so, als wenn jenes mit einer certa intentio gefordert worden wäre, noch einmal geklagt werden konnte.

Die praescriptio war jedoch — was man bisher nicht beachtet oder doch nicht genug hervorgehoben hat — nur in iudicia legitima schlechthin nothwendig. Denn klagte man mit einem imperio continens mit der offenbaren Absicht, nur das bereits Fällige zu fordern, so blieb die alte Klage ipso iure bestehen, und richtete man sie nachher auf das früher noch nicht fällig Gewesene, so konnte die vom Beklagten dagegen vorgeschützte exceptio rei iudicatae mit einer doli replicatio entkräftet werden. Ausdrückliche Stellen dafür haben wir zwar nicht. Wir können aber andere auch auf diesen Fall beziehen, in denen die Sache so behandelt wird, wenn nach der offenbaren und unverschuldeten Absicht des Klägers die erstmalige Anstellung einer b. f. actio sich auf einen Anspruch aus dem Geschäft nicht bezog, den er nachher mit derselben Klage geltend macht [193]). Hätte freilich auch der Prätor peregrinus und der Proconsul die praescriptio in seinem Edict aufgestellt — was ich nicht glaube — so würde dem Kläger, der sie nicht gebraucht hatte, sein eigenes Verschulden haben vorgeworfen werden können.

Schwierigkeit macht in dieser Materie auch noch folgende Stelle des Ulpian L. 23. D. de exc. rei iudic. (44, 2.)

Si in iudicio actum sit usuraeque solae petitae sint, non est verendum, ne noceat rei iudicatae exceptio circa sortis petitionem: quia enim non competit, nec opposita nocet. Eadem erunt, et si quis ex bonae fidei iudicio velit usuras tantum persequi: nam nihilominus futuri temporis cedunt usurae. quamdiu enim manet contractus bonae fidei, current usurae.

---

[193]) L. 46. §. 5. D. de administr. et peric. (26, 7.) L. 2. C. de iudic. (3, 1.). Natürlich ist die Erwähnung des imperio continens iudicium in diesen Stellen gestrichen worden. Aus demselben Unterschiede der Processe erklärt es sich, daß, wenn durch dolus eine Absolution im ersten Processe herbeigeführt worden, der Kläger theils (wenn legitimo iudicio geklagt war) zur actio de dolo verwiesen L. 20. §. 1. vgl. L. 7. §. 9. D. de dolo (4, 3.), theils (wenn imperio continenti iud. geklagt war) die actio de dolo abgesprochen wird, weil die ursprüngliche Klage mit doli repl. gegen die exc. rei iudicatae genüge. L. 25. D. eod. Die letztere Stelle ist dem Zusammenhange des Justinianischen Rechts allein angemessen.

Auch hier glaube ich, daß der jetzt ziemlich sinnlose Anfang bei Ulpian selbst — da nachher eine exceptio rei iudicatae erwähnt wird — gelautet hat: Si imperio continenti iudicio actum sit. Im Uebrigen spricht der Anfang offenbar von einem strictum iudicium, da nachher ein b. f. iudicium entgegengesetzt wird. Was ist nun unter dem usurae solae petitae zu verstehen? Ich glaube folgende Klage: Quod N.us N.us A.o A.o HS. centum milia nummum eoque nomine usuras semisses dare spopondit, quidquid eo nomine N.um N.um A.o A.o. dare facere oportet, eius, iudex u. s. w. Hier konnte es scheinen, als wenn der Kläger, obgleich er blos die Zinsen einklagen wollte, doch auch das Capital in iudicium deduciert habe; aber da man wegen eines certum sich auch der certi intentio bedienen muß, so konnte jene intentio incerta nur auf die Zinsforderung bezogen werden und es war also das Capital weder in iudicium deduciert noch darüber judiciert. Das b. f. iudicium, wovon der zweite Theil der Stelle handelt, wird so zu denken sein: Quod A.us A.us apud N.um N.um HS. centum milia deposuit ea lege, ut usurae quadrantes eo nomine solverentur, quibus de usuris agitur, quidquid ob eam rem N. N. A. A. d. f. o. ex fide bona u. s. w. — also ein Beispiel der s. g. designatio (Gai. 4, 60.), welches zeigt, daß dieser Zusatz zur demonstratio nicht immer so müßig zu sein brauchte, wie das qua de re agitur. Hier war nun das Capital selbstverständlich eben so wenig in iudicium deduciert, wie im vorigen Falle, was deshalb Ulpian gar nicht erwähnt. Wie aber mit den zur Zeit der ersten Klage noch nicht fällig gewesenen Zinsen? Sie waren allerdings dem Buchstaben nach mit in iudicium deduciert und wäre der erste Proceß ein legitimum iudicium gewesen, so würden sie auch ipso iure consumiert gewesen sein. Aber wenn imperio continenti iudicio geklagt war und der Kläger nachher klagte Quod A. A. apud N. N. centum milia deposuit (ea lege ..... solverentur, was aber auch wegbleiben konnte), qua de re agitur, quidquid ob eam rem u. s. w., so bestand das b. f. negotium einschließlich der Zinsübereinkunft ipso iure noch als Quelle aller daraus abfließenden Prästationen und da die Aufhebung des Zinsenfortlaufs re iudicata wegen dagegen zuständiger doli replicatio vor dem Forum der b. f. nicht bestand, so mußte der Richter auch die spätern Zinsen zusprechen. So erklärt sich, warum Ulpian von vornherein den Fall eines iudicium imperio continens annahm, und scheint mir diese Stelle zu bestätigen, daß die praescriptio sich auf iudicia legitima beschränkte.

In factum und in rem actiones lassen ihrer Natur nach den Fall einer nothwendigen praescriptio nicht zu. Kommt in jenen doch etwas Verwandtes vor, z. B. wenn ein Käufer mit der actio quanti minoris, welche sich in ihrer factischen intentio auf vitium rei stützte, wegen eines bestimmten Fehlers klagen und sich die Klage wegen eines möglicher Weise später zum Vorschein kommenden andern Fehlers sichern will, so kann er sich mit einer praedictio helfen. [194]) Doch ist dieses nur cautelarisch, denn die Klage würde ihm auch durch eine der exceptio rei iudicatae entgegenzusetzende doli replicatio gesichert bleiben (Anm. 193.).

IV, 154.

si modo is, qui deiectus est, nec vi nec clam nec precario (*ab adversario*) possideret rem vel fundum, quo, si aut vi, aut clam, aut precario possideret, esset impune deiectus.

Die Hineinsetzung des ab adversario, das ganz unpassende rem vel fundum und der nach dem Styl des Gaius unerträgliche angehängte Satz quo ...... deiectus verrathen die Unrichtigkeit dieses Textes. Man lese bescheidener und passender:

si modo is, qui deiectus est, nec vi nec clam nec precario possider*et ab illo na*mq (ab illo. namque) si au*eo* (ab eo) vi aut clam aut precario possideret, *ipse*, *ī pune deiicit'* (impune deiicitur).

Die Nachsetzung des ab illo darf nicht auffallen; sie kommt z. B. auch in der Lex Thoria vor. Außerdem ist besonders zu vergleichen Paul. S. R. 5, 6. §. 7. Qui vi aut clam aut precario possidet ab adversario, impune deiicitur.

IV, 157.

Simplicia sunt velut in quibus alter actor alter reus est.

Ich muß wiederholen, daß, was Lachmann zur Rettung des unerträglichen velut bemerkt, daß es auch interdicta simplicia und duplicia in einem andern Sinne gegeben habe, wenn richtig, was ich nicht glaube [195]),

---

[194]) L. 48. §. 7. D. de aedil. ed. (21, 1.).

[195]) Ich halte es für ein Verdienst, unsere Candidaten vor der Gefahr einer Frage nach der doppelten Bedeutung des Unterschiedes von interdicta simplicia und duplicia zu bewahren. Lachmann stützt sich auf Rudorff's Erklärung der L. 2 in fin. D. de interd. (43, 1) in der Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 9. S. 12 flg., die auch Keller Civilproc. Anm. 873. 870. adoptiert hat — sogar mit der Neigung selbst eine dritte Bedeutung des Unterschiedes von simplicia

doch jedenfalls eine übel angebrachte Gelehrsamkeit ist. Denn wenn sich eine solche änigmatische Andeutung für ein Institutionenwerk überhaupt geschickt hätte, so hätte sie doch nur bei der Eintheilung der Interdicte in simplicia und duplicia selbst ihren Platz finden können, nicht aber hier, wo einfach der Begriff der simplicia interdicta angegeben werden soll. Die Handschrift hat aber, was ich früher nicht beachtet, an unserer Stelle gar kein velut, sondern, wie Göschens Bericht und der index siglarum unter ūū ergibt, *uu. Warum macht man nun daraus gerade s̄ *ūū* = sunt velut, warum nicht einfacher *suɴ* = sunt?

In §. 162 Igitur (*cum*) restitutorium bedurfte es auch des Einsatzes nicht. Offenbar hat der Abschreiber, da simplicibus vorangeht, s und i nur einfach statt doppelt geschrieben: also lese man Si igitur restitutorium: zumal da die Conditionalpartikel hier viel passender ist.

IV, 166.

Dieser noch ganz lückenhafte und so unverständliche §. dürfte nach den Zügen der Handschrift folgender Maaßen zu ergänzen sein, wobei ich voraussetze, daß auf der ganz unlesbaren p. 243 unmittelbar vor unserer Stelle etwa vorausging: Postquam igitur Praetor interdictum reddidit, primum litigatorum alteru||

trius res ab eo fructum licitando *R* (rei) tantisper in *possione 7st|ituit' si m̊* (possessione constituitur, si modo) adversario suo fructuaria stipulatione *s̄d cuī* (satisdat, cuius) potestas haec *ē* (est), *ut si contra ipsum* | *esset p̄ea* (postea) *pronuntiatum*, *f. duplam p̊stet* (fructus duplam praestet). *nam* †(inter) adversarios, qui *p̄r̄ auct.* (praetore auctore) *certant*, *d* (dum) contentio fructus licitationis est, scilicet quia *psessore* (possessorem) *interim* esse

---

und dupl. anzunehmen. Die dortigen Worte Retinendae possessionis sunt Uti (wohl velut Uti) possidetis. sunt interdicta, ut diximus (andere Ausg.: dicimus) duplicia tam reciperandae quam apiscendae possessionis sind, wie man allgemein zugibt, verderbt. Die leichteste Herstellung scheint mir aber s̄ et (sunt et) interdicta q̄b †dicimus duplicit̄ (quibus interdicimus dupliciter) tam reciperandae quam apiscendae possessionis. So konnte Paulus schreiben, nicht aber Interdicte, die man zu doppeltem Zweck anstellen kann, selbst duplicia nennen. Die Abschreiber dachten aber bei dem duplici in so unmittelbarer Nachbarschaft bei dem interd. Uti possidetis an den Eingang der L. 2. Interdictorum quaedam duplicia sunt, quaedam simplicia. Duplicia dicuntur, ut Uti possidetis und corrumpierten ut diximus duplicia.

†*est* (interest), *r* | *possiōn̄ ei pr* (rei possessionem ei praetor) vendit, *qui plus licet'* (licetur). Postea alter alterum sponsione provocat etc.

Wir erfahren hiermit erst vollständig den Proceßgang bei den interdicta retinendae possessionis, namentlich in der damals ohne Zweifel häufigsten Anwendung derselben — von der Gaius 4, 148 allein gesprochen hat — die Beklagtenrolle für die rei vindicatio festzustellen. Zur Rechtfertigung des Sinnes unserer Restitution und zur Erlangung einer richtigen Einsicht in jenen Proceßgang müssen wir etwas weiter ausholen.

Die Feststellung der Beklagtenrolle machte zur Zeit der legis actiones keine Schwierigkeit. Weil damals die Rechte von jeder Partei eigenmächtig vor der zur Hülfe angegangenen Obrigkeit geltend gemacht wurden und die Geltendmachung eines meum esse in einer Besitzhandlung (vindicatio) liegt, so mußte der Kläger stets die Sache mit dem Beklagten vor Gericht (resp. den Beklagten zu der unbeweglichen Sache) bringen — was also damals ein Theil der gewaltsamen in ius vocatio war — er vindicierte, der Andere mußte, wenn er nicht eine sofortige addictio an den ersten gewärtigen wollte, dagegen vindicieren und der Prätor sprach nun die Vindicien für die Dauer des Processes gegen Stellung öffentlicher Bürgen und mit der Gefahr des doppelten Ersatzes der inzwischen zu ziehenden Früchte einem von beiden zu (vgl. zu 4, 48), wenn der eine von beiden bisher unzweifelhaft besessen hatte, natürlich diesem, wenn aber unter den Parteien Streit über den Besitz war, nach vorheriger Untersuchung, wer von beiden bisher den Besitz gehabt habe und zwar den gerechten Besitz, indem er ohne Zweifel auch schon damals nur den schützte, der nec vi nec clam nec precario ab altero besaß. Der Nichtbesitzer hatte nun als Kläger den Beweis zu führen und nur der Besitzer konnte verurtheilt werden. Zwar konnte der Richter nicht blos des Klägers, sondern auch des Beklagten Eigenthum anerkennen; ein duplex iudicium war aber die Klage nicht, wie man auch schon daraus ersieht, daß kein doppeltes beiderseitiges sacramentum gemacht wurde.

Statt dieses überwiegend obrigkeitlichen Verfahrens sacramento, welches freilich bei streitigem Besitz unvermeidlich war, konnte man aber nach frühzeitig üblich gewordenem sponsionem et iudicem ferre in einem dazu angethanen mehr privatrechtlichen, also auf Uebereinkunft beruhenden Falle auch per sponsionem und über diese per iudicis

postulationem (Gai. 4, 20) verfahren [196]). Wenn nämlich der Besitz nicht zweifelhaft war, so genügte es, daß man statt der formellen Gewaltübung vor Gericht und der daran sich knüpfenden prätorischen Besitzbestimmung, die doch eigentlich für den schlimmsten Fall, den des vielleicht streitigen Besitzes, berechnet war, diese letztere nach Uebereinkunft privatim vornahm, indem der eine vom Andern sich vom Grundstück deducieren ließ (deductio, vis, quae moribus, ex conventu fit), worauf denn auch nach einer conventionellen Stipulation die Bürgschaft für den blos privatrechtlich erlangten Besitz nur eine privatrechtliche war (sponsor pro praede litis vindiciarum) und die Verurtheilung wegen der Proceßfrüchte nur auf's Einfache gehen konnte. Hier war der moribus deductus der Kläger, der darauf kraft der Uebereinkunft eine bloße praeiudicialis sponsio mit dem Besitzer über das Eigenthum machte und durch Einklagung der Sponsionssumme per iudicis postulationem ein Urtheil über das Eigenthum herbeiführte. Natürlich konnte dieses aber nur dahin lauten, daß der Kläger Eigenthümer sei oder daß er es nicht sei, nicht auch, daß der Beklagte es sei.

So fand die Einführung des Formelverfahrens zwei Formen der in rem actio vor, die es naturgemäß beibehielt, und damit entstanden die petitoria formula mit der intentio: si paret rem ex iure Quiritium actoris esse, welche an die Stelle der unmittelbaren legis actio in rem trat, und das agere per sponsionem, wo auf die Spon-

---

196) Der kundige Leser wird von selbst sehen, worin die folgende Darstellung der zweiten Art der in rem actio von der gewöhnlichen Kellers, Puchta's u. s. w. abweicht. Ihr größerer innerer Zusammenhang bedarf wohl keines Nachweises. Die Entstehung des Verfahrens per sponsionem zur Zeit der legis actiones geht aber daraus hervor, daß nach Gai. 4, 93. 95. zu seiner Zeit die Sponsionssumme theils per formulam, theils, wenn man vor die Centumvirn gehen wollte, per legis actionem und zwar sacramento eingeklagt wurde. Auch bei Cic. Verr. 1, 45. wird das sponsionem facere, ita de hereditate certare, nicht, wie man es gewöhnlich versteht, dem lege agere, sondern dem lege agere in hereditatem, d. h. der vindicatio durch manum conserere entgegengesetzt, so daß jene certatio auch wieder per formulam oder per legis actionem geschehen konnte, welches letztere bei einer hereditatis petitio wohl immer die Regel war. Beides hat Stintzing Legis act. sacram. und spons. praeiud. §. 8 flg. trefflich gezeigt. Auch das sinnlich Formale der deductio weist auf die Zeit der legis actiones hin und sie galt ohne Zweifel nur so lange als diese bestanden, mithin später nur noch dann, wenn die Sache an die Centumvirn kam, was aber zu Ciceros Zeit noch bei jeder Vindication eines Grundstücks möglich war. Cic. pro Tull. 20. pro Caec. 1. 7. 8. 10. 11. 12. 32.

sionssumme per formulam geklagt wurde, jene in jedem Falle, diese nur dann zulässig, wenn der Besitz unter den Parteien, schon ehe sie das Verfahren begannen, fest stand [197]).

Wenn nun aber der Besitz unter den Parteien bestritten war, so konnte jetzt, wo das Eigenthum auch in der Geltendmachung von seiner ehemaligen Befangenheit im Besitz gelöst war, nicht mehr im Vindicationsproceß selbst die Rolle des Besitzers und Beklagten bestimmt werden. Es mußte unabhängig davon durch eine eigene Besitzesklage geschehen und dazu war ohne Weiteres das interd. Uti possidetis anwendbar, welches der Prätor schon in viel älteren Zeiten für den Fall, daß Jemand in seinem Besitz z. B. eines ager publicus durch fremde Gewalt sich bedroht sah, eingeführt hatte, auf welches er aber jetzt in der Materie von der rei vindicatio die Parteien in diesem Fall verwies (remittebat ad hoc interdictum [197*]). Es war nach meiner Ueberzeugung von jeher interdictum duplex — so gut, wie die gesetzliche legis actio in rem stets auf ein beiderseitiges vindicare eingerichtet war. Es mußte dieses seiner innern Natur nach sein, weil das vim facere (fieri) veto in Beziehung auf ein zuständliches Handeln, wie es im Besitz einer körperlichen Sache oder in einer aqua plurium eodem rivo ducta liegt [198]), den doppelten Sinn eines Verbotes hat, nicht blos das positive Handeln des Andern (Gehen, Pflanzen, Bauen u. s. w.) nicht zu hindern, sondern auch selbst einer Handlung an der Sache sich zu enthalten, die mit jenem Zustande des Andern unverträglich ist, beides aber selbst auch weiter nichts als eine eigene Besitzesübung sein kann, gegen welche dann das Besitzausüben des Andern als Störung erscheint. Ließ sich also zwar im Fall der Bedrohung eines Besitzes auch wohl denken, daß der Bedrohende selbst keinen Besitz behauptete, und wenn er den des Andern gegen das gesprochene Interdict gestört zu haben beschuldigt wurde, blos dessen Be-

---

197) Die L. 12. §. 1. D. de acq. poss. (41, 2.) Nihil commune habet proprietas cum possessione: et ideo non denegatur ei interdictum Uti possidetis, qui coepit rem vindicare. non enim videtur possessioni renunciasse qui rem vindicavit darf also nur auf die eigentliche vindicatio, nicht auch auf das agere per sponsionem bezogen werden.

197*) L. 1. §. 3. D. Uti possid. (43, 17.). Im Verhältniß zu der älteren Besitzregulierungsweise bei der rei vind. konnte man auch sagen, das Interdict sei zu diesem Zweck eingeführt.

198) Diesen Grund der Sache hat auch Schmidt Interd. S. 50. flg. nicht erkannt.

ſitz oder ſeine Störung deſſelben in Abrede nahm, ſo war doch eben ſowohl der Fall möglich, daß ſein Bedrohen des angeblichen Beſitzſtandes des Andern in der Behauptung ſelbſt Beſitzer zu ſein — wonach denn in der Klage des Andern vielmehr ein Bedrohen ſeines Beſitzes lag, — ſeinen Grund hatte, und wenn er nachher einer interdictwidrigen Störung beſchuldigt wurde, auch wieder eben ſowohl der Fall, daß er in dem Handgemenge zwiſchen ihm und dem Andern eine vielmehr ihm zugefügte Beſitzſtörung anklagte, als daß er blos ſein vim facere alteri contra edictum abläugnete. Da nun der Prätor ſein Interdict vor unterſuchter Sache erließ und eben ſo nachher auch die Klagen wegen Uebertretung deſſelben ertheilte und beide, um keiner Partei Rechte zu kränken, für alle Fälle einrichten mußte, ſo konnte er jenes nur als duplex ausſprechen und eben ſo auch in dem weiteren Verfahren behandeln.

Wenn aber der Prätor das Interdict nun auch auf den Fall der Beſitzregulierung für die rei vindicatio anwandte, ſo ging er dabei von dem richtigen Gedanken aus, daß, indem beide vor ihm Beſitz und Eigenthum in Anſpruch nehmen, ſie auch durch ihn jeder den Andern, falls derſelbe beſitze, aus dem Beſitz verdrängen wollen, was ein den Beſitz bedrohendes Gebaren iſt, da ja der Prätor Macht hat, der Partei ihren Beſitz mit Gewalt zu nehmen [198*]), und die Anwendung dieſer Macht von ihm gefordert wird. Das Interdict war alſo wohl begründet. Das beiderſeitige Suchen prätoriſchen Schutzes im gerechten Beſitze, dem ohne Erkenntniß, wer der Beſitzer ſei, nicht deferiert werden kann, bringt es aber auch mit ſich, daß für die Dauer des Proceſſes ein ruhiger, obrigkeitlich geſchirmter Zuſtand hergeſtellt werde. Dieſes könnte nun durch Sequeſtration geſchehen. Allein das privatrechtliche Princip bringt es mit ſich, daß der Prätor einer der Parteien ſelbſt den interimiſtiſchen Beſitz unter ſeinem Schutze zuweiſe. Gegenſtand dieſer Zuweiſung kann aber nicht eigentlich der Beſitz ſelbſt ſein, denn über dieſen ſoll erſt richterlich entſchieden werden, worauf ihn dann die Partei vermöge ihrer gerechtfertigten Behauptung Beſitzer zu ſein nur behält, und es wäre ein Widerſpruch, der Partei zum Zweck des Schutzes in ihrem Beſitze ihn zu nehmen. Vielmehr kann die Zuweiſung ſich nur auf einen im Intereſſe der öffentlichen Ordnung herbeizuführenden Genuß des ſtreitigen Beſitzes beziehen, den bei den ein-

---

198*) Eben ſo kann Jemand eine Injurie und andere Delicte durch die Obrigkeit begehen. L. 17. §. 2. D. de iniur. (47, 10.).

ander ausschließenden Behauptungen des Besitzes keine Partei an sich haben kann (fructus = facultas fruendi 4, 167.), und der also auch nicht von dem Recht der Partei, sondern vom Prätor als dem Organ der öffentlichen Ordnung ausgeht. Wenn ihn Gaius, zur Erklärung des in diesem Sinn ungeläufigen Ausdruckes fructus, tantisper in possessione esse nennt, so ist dieses nur im Sinne der corporalis possessio zu verstehen. Zum Motive, der einen oder andern Partei diesen Genuß zu verleihen, konnte aber der Prätor auch nicht irgend eine Beschaffenheit ihres Besitzes nehmen, wie bei den Vindicien; denn darüber sollte ja erst richterlich entschieden werden; sondern nur das größere Interesse, wie in dem Falle, daß beide Miteigenthümer bei der Theilung die ganze Sache zu haben wünschen. So veranlaßte er also die Parteien zu einem Auctionskampf um den Besitzgenuß (certare auctore Praetore — contentio fructus licitationis) und verkaufte den Besitzgenuß dem Meistbietenden (qui plus licetur, vgl. L. 7. §. 8. D. de minor. 4, 4.). Mit dieser Behandlung der Sache erreichte er aber zugleich noch einen andern Zweck. In dem Bieten und Ueberbieten lag nämlich jedesmal ein Besitzattentat wider die Gegenpartei, falls diese besaß, indem man sich dadurch mit Hülfe des Prätors gewaltsam den Besitzgenuß zu verschaffen suchte, und somit ein Zuwiderhandeln gegen das Interdict. Es konnte also nun auch sogleich die sponsio eines jeden (si adversus edictum Praetoris possidenti sibi vis facta est, wie ich jetzt, zum Theil mit Rudorff, nach Göschens Scheden lese) und die beiderseitige Restipulation dagegen gemacht und mit Ertheilung der vier Formeln aus den Stipulationen und der beiden — wegen des Besitzes und wegen der Früchte und der summa fructus licitationis — gegen den Meistbietenden das ganze Verfahren zu Ende gebracht werden.

Durch diese Entwickelung, welche unsere Restitution in der Hauptsache von selbst rechtfertigt, dürften zugleich andere Darstellungen [199]) mehrfache Berichtigung erfahren. Insbesondere beachte man, daß Gaius als den eigentlichen Zweck der fructus licitatio nicht den anführt, ein Handeln wider das Interdict herbeizuführen, sondern einen von beiden zum interimistischen Besitzer zu machen. Wäre der Zweck des Auctionskampfes der erstere gewesen, so hätte die wirklich einstweilige Einsetzung des Siegers in den Besitz ganz und gar über den Zweck

---

[199]) Auch meine eigene in den Studien des R. R. S. 333. Außerdem vergl. besonders K. A. Schmidt Interdictverf. S. 284 flg.

hinaus gelegen[200]). Auch kauft die Partei den fructus nicht vom Gegner, wie Manche meinen, sondern vom Prätor, und was sie kauft, ist nicht der Besitz (wie in L. 34. §. 4. D. de contr. empt. 18, 1.), sondern, wenn sie nicht besitzt, eine gewaltthätige Aneignung des Besitzgenusses, den sie im Höchstgebot selbst abschätzt; daher von einem eigentlichen Kauf und einer actio venditi gegen sie nicht die Rede sein kann, vgl. 4, 167. summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est. Der fructuaria stipulatio glaube ich an einer Stelle, wo die Züge der HS. sehr unsicher sind, mit Recht die wesentliche Bedeutung beigelegt zu haben, daß sie auf das Doppelte der Früchte ging, d. h. auf die Früchte und die Summe, zu der sie der Sieger der fr. licitatio abgeschätzt hatte. Man muß dieß schon aus dem äußeren Grunde annehmen, weil es sonst nach der Darstellung in §. 167. ganz unvorbereitet und unbegründet erscheint, daß der Sieger vom Richter angehalten werden soll, die summa fr. licitationis und die Früchte zu prästieren; man müßte fragen: was für eine formula berechtigte den Richter hierzu, wenn nicht in unserem §. die fructuaria stipulatio, aus der natürlich eben so, wie aus den übrigen Stipulationen sogleich eine formula ertheilt wurde, als hierauf gerichtet angegeben worden wäre. Eben so muß dann das die fructuaria stipulatio vertretende fructuarium iudicium in §. 169. zugleich die Früchte und das Fruchtgebot (fructus licitatio) betroffen haben, und das begünstigt auch die Handschrift, in der wir dort nun unbedenklich lesen: ita *de fructib.* *ē* (*fructibus et*) de fructus licitatione agere. Doch habe ich auch schon in den Studien des R. R. S. 333. innere Gründe angegeben, welche uns nöthigen, die Früchte und das Fruchtgebot zusammen zu nehmen und als eine Verdoppelung der Früchte aufzufassen. Iudicatum solvi mußte der Beklagte im fructuarium iudicium mit Bürgen cavieren, weil er den Genuß eines fremden Besitzes inne hatte (Studien a. a. O.); eben deshalb mußte aber auch die fructuaria stipulatio

---

[200]) Die wirkliche Einführung des Siegers der fr. licitatio in den verkauften Besitz war vermuthlich der letzte Act in iure nach gemachten Sponsionen und Restipulationen, und Gaius wird davon in den unlesbaren Z. 12—14. unseres §. gesprochen haben. Vielleicht geht darauf auch L. 52. §. 2. D. de acquir. v. amitt. poss. (41, 2.), der Rudorff Zeitschr. Bd. 11. S. 360. eine andere Beziehung gegeben hat.

eine satisdatio sein. Für das Cascellianum iudicium auf Herausgabe des Besitzes galt offenbar keine solche Sicherstellung, da Gaius diese als eine Eigenthümlichkeit des fructuarium erwähnt. Auch konnte man sie dort nicht aus dem Grunde ableiten, daß der Sieger in der fr. licitatio sich eine fremde Sache angemaßt habe; denn, was er Fremdes für sich inne hatte, war nur der fructus, den Besitz übte er nur für den wirklichen Besitzer aus, weil er ihn nur kraft des fructus inne hatte.

Die Meisten glauben jetzt, die fructus licitatio habe blos Statt gefunden, wenn das interd. Uti possidetis zur Bestimmung der Beklagtenrolle für die rei vind. angestellt worden sei. Diese Ansicht hängt mit der andern zusammen, daß nur in jenem Falle das Interdict duplex gewesen und daß die fructus licitatio lediglich den Zweck gehabt habe, eine Handlung beider Parteien gegen das Interdict herbeizuführen. Wir haben aber gesehen, daß es in der Natur eines interd. retinendae possessionis lag, in allen Fällen duplex zu sein, und daß die fr. licitatio einen andern Hauptzweck hatte, der bei jedem bedrohten Besitzstande eintreten konnte. Jene Ansicht ist also um so mehr aufzugeben, als unsere Quellen nur von einem interd. retinendae possessionis duplex wissen [201]), während doch die Ausnahme, daß es in so vielen Fällen auch simplex gewesen, unmöglich hätte unberührt bleiben können, und eben so auch die fructus licitatio von Gaius als zu dem Verfahren dieses Interdicts schlechthin gehörig dargestellt wird. In der That hatte sie auch für solche Fälle, wo entschieden der Eine besaß, der Andere gestört hatte, nichts Hartes. Der Nichtbesitzer hütete sich dann natürlich, irgend ein Gebot zu thun. Zu den Straffstipulationen

[201]) Schmidt a. a. O. S. 287. meint freilich in der lückenhaften Stelle unseres §. in den Worten una inter eos sponsio fit eine Spur davon gefunden zu haben, daß aus dem Interdict mitunter auch nur Eine sponsio und restipulatio gemacht worden sei. Er wird aber zugeben, daß es für ein Institutionenwerk sich wenig geeignet haben würde, wenn Gaius so dunkel auf einen Fall hingedeutet hätte, der seine frühere Versicherung, dieses Interdict sei duplex, Lügen strafte, und daß er dann doch nachher bei Darstellung der Condemnationen in den actiones ex interdicto auch auf diesen Fall hätte Rücksicht nehmen müssen, was aber nicht geschehen. Ich halte meine frühere Ergänzung und Beziehung dieser Stelle noch immer mit demselben Grade der Ueberzeugung für richtig, und nur das quanti ea res est in den beispielsweise formierten Stipulationen, worauf es hier gar nicht ankommt, gebe ich auf Schmidts Erinnerungen gern preis. Statt dessen muß allerdings die verdoppelte bestimmte Summe der einfachen Stipulation stehen, die wir aber nicht kennen.

kam es aber dann ohne Zweifel erst, wenn dem Besitzer adversus edictum vis facta erat[202]). Ob der Nichtbesitzer auch vor der doppelten Strafwette sich dadurch hüten konnte, daß, nachdem er wegen des gestörten Besitzes des Andern spondiert und restipuliert hatte, er selbst nicht zu der sponsio und restipulatio über seinen gestörten Besitz aufforderte, ist fraglich, aber doch wohl anzunehmen; alsdann lag jedoch in einem solchen Nichtbehaupten seines Besitzes nur ein zufälliger Uebergang des interd. duplex in ein simplex in einem allerdings wichtigen Theile seiner Wirkungen.

Nicht ohne Bedeutung für das Recht der fructus licitatio und das ganze interd. Uti possidetis ist auch das uns erhaltene Edict über das interd. Uti eas aedes possidetis. L. 1. pr. D. Uti possid. (43, 17.):

Uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto. de cloacis hoc interdictum non dabo, neque pluris quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam.

Die so sehr bestrittene zweite Periode kann aus grammatischen Gründen nicht füglich anders, als vorstehende Interpunction andeutet, construiert werden. Wenn dann der Prätor zuerst sagt, er wolle dieses Interdict wegen Cloaken nicht geben, so kann dieses nicht heißen, er wolle es dem Besitzer des dienenden Hauses nicht geben, wenn der Cloakberechtigte bei der Reinigung oder Wiederherstellung in seinen Besitz eingreife[203]) — denn dann hätte dieser Fall bezeichnet werden müssen — sondern, da der Gedanke einer von einem Hause abzuwendenden Besitzstörung zum Grunde liegt, nur, daß, wenn eine solche Besitzstörung in einer Cloak vorliege, dem so gestörten Hausbesitzer, also dem Cloakberechtigten, das Interdict versagt sein solle[204]). Eine solche Störung im Besitz des herrschenden Hauses

---

202) Eine recht deutliche Stelle dafür, daß das weitere Verfahren erst durch eine Uebertretung des prätorischen Verbots begründet wurde, ist L. 3. §. 4. D. Uti possid. (43, 17.).

203) So v. Vangerow Leitfaden §. 355. Bd. 1. S. 892.

204) Man denke namentlich daran, daß alle so nach ihrem Gegenstande ausgedrückten Interdicte, z. B. de aqua, de fonte, de rivis, eine Störung dieser Anlagen, nicht des Besitzers des Grundstücks, worauf sie sich befinden, im Auge haben.

würde aber allerdings in einem Verstopfen oder Verbauen der Cloak liegen, welches den Schmutz im herrschenden Hause stagnieren macht. Weiter sagt aber der Prätor de cloacis nach versagtem interd. Uti possidetis, er wolle dann nicht auf mehr als das Interesse und innerhalb eines annus utilis eine actio (in factum) geben — also mit Wegfall aller Sponsionen und Restipulationen und sonstiger Gefahren des interd. Uti possidetis. So verstanden hat die Stelle ihren einfachen guten Sinn. Das interd. Uti aedes possidetis würde an sich durch die Störung der Cloak in der That begründet sein [205]), und zwar so, daß, wenn jene Störung interdicto reddito nicht sofort, d. h. durch eine vor verlassener Gerichtsstätte ausgesprochene gehorsamende Erklärung und deren Ausführung in billiger Frist, beseitigt wird, wegen der in ihr fortwährend liegenden vis facta auch sogleich ex interdicto mit Strafformeln verfahren werden könnte [206]). Versagt nun der Prätor das Interdict, so kann dieses doch nicht geschehen, ohne daß er zugleich auf andere Weise hilft, zumal da die Cloaken aus sanitätspolizeilichen Gründen eine besondere Gunst genießen. Er thut dieses nun auch zwecks der Wiedererlangung freien Abzugs in der Cloak durch das interd. de cloacis, welches gar kein uti cloaca wie die Interdicte wegen Rusticalservituten, sondern nur das Vorhandensein der Cloak an dem Hause des Berechtigten, in welchem sie als Urbanalservitut von ihm zugleich besessen wird, erfordert [207]). Allein die Wiederherstellung muß der Kläger selbst besorgen; einen Ersatz der Kosten

---

205) Eben so wohl als wenn Jemand gehindert wird, sich der serv. fumi immittendi zu bedienen, und so sein Rauch zurückströmt. L. 8. §. 5. D. si serv. vind. (8, 5.).

206) L. 3. §. 9. D. Uti possid. (43, 17.) Si vicinus meus in parte mea tectoria habeat et in parte sua, Uti possidetis mihi efficax est, ut ea tollere compellatur. Eben so in dem Falle der L. 2. §. 6. D. ne quid in loc. publ. (43, 8.). Die Verkennung des im Text ausgesprochenen Grundsatzes hat weitgreifende Mißverständnisse zur Folge gehabt. Vgl. Schmidt Interd. S. 59 flg. Der Zwang zur Aufhebung der Störung liegt außerdem darin, daß, wenn der Andere etwa auch nach den Condemnationen in den ersten Strafformeln die tectoria noch nicht wegnimmt, abermals wegen vis facta sponsiones und restipulationes gemacht werden können; denn das Interdict behält seine Kraft. Dagegen behauptet Schmidt a. a. O. S. 63. irrig, daß, wenn die Störung nicht aufgehoben würde, dem Gestörten ex interd. prohibitorio eine Klage auf Schadensersatz zustehe. Diese Wirkung kann nur ein restitutorisches Interdict haben.

207) Quo minus illi cloacam, quae ex aedibus eius in tuas pertinet,

und der sonstigen Schäden, welche ihm die Störung des Nachbars verursacht hat, erlangt er dadurch nicht, und dazu hilft ihm auch das interd. Quod vi aut clam nicht in allen Fällen, da die Störung in solcher Weise, daß an sich das interd. Uti possidetis begründet wäre, auch ohne Gewalt oder Verheimlichung geschehen sein kann, z. B. durch einen nicht verbotwidrig aufgeführten Bau. So versprach denn der Prätor sehr verständig mit Versagung des interd. Uti possidetis zugleich eine actio in factum auf das Interesse wegen des durch die Cloakenstörung zugefügten Schadens — ganz ähnlich, wie er, wenn Jemand gehindert war, einen Todten in seinem Begräbnißort beizusetzen, ihm wegen des dadurch gehabten Schadens eine in factum gab, nur daß hier alternativ auch ein Interdict zur Abwehr fernerer Störungen Statt fand [207*]). Eine solche Schadensersatzforderung hätte allerdings das zugelassene interd. Uti possidetis nicht gewährt; aber sie ist auch eine Begünstigung der Cloak, wie die eben erwähnte in f. actio auf dem favor religionis beruht, und sie wird deshalb mit Recht auf ein Jahr beschränkt; doch sollte damit zugleich der Gestörte veranlaßt werden, die Reinigung und Wiederherstellung der Cloak, nöthigenfalls mit Hülfe des interd. de cloacis, im öffentlichen Gesundheitsinteresse bald zu bewirken, damit er auch die dadurch gehabten Unkosten ersetzt verlangen könne. So wie nun aber dieses Verfahren des Prätors vollkommen sachgemäß war, so muß es doch auch umgekehrt bedenklich gewesen sein, das interd. Uti possidetis in diesem Falle zuzulassen. Dafür wüßte ich jedoch keinen andern schlagenden Grund, als daß der vim faciens in der fr. licitatio hätte Sieger bleiben können, was dann die Reinigung und Wiederherstellung der Cloak gehindert hätte. So beweist denn diese Stelle ebenfalls, daß die fr. licitatio nicht blos vor einem Eigenthumsstreit, sondern bei jeder Anwendung des Interdicts zur Erhaltung des Besitzes gegen Störungen Statt gefunden hat. Außerdem erscheint das ganze Edict über das interd. Uti eas aedes possidetis durch die Hinzufügung dieser Ausnahme wegen der Cloaken

---

q. d. r. a., purgare reficere liceat, vim fieri veto. L. 1. pr. D. de cloac. (43, 23.). Schmidt Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 15. S. 77.

[207*]) L. 9. D. de relig. (11, 7.) Liberum est ei, qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre, aut statim interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri, aut alio inferre et postea in factum agere, per quam consequitur actor, quanti eius interfuerit prohibitum non esse. Ein anderer diesem ganz ähnlicher Fall ist der des via publica prohiberi. Paul. 5, 6. §. 2.

so gefaßt, daß der Prätor bei dessen Aufstellung nicht die Regulierung des Besitzes für den Eigenthumsproceß, sondern die Erhaltung des Besitzes gegen wirkliche Störungen als nächsten Zweck vor Augen gehabt haben muß.

So lange man aber das Corpus iuris liest, sind die Worte neque pluris....agere permittam nicht so verstanden worden, wie wir sie eben gedeutet haben [208]). Allgemein hat man sie vielmehr auf das zu Anfang erwähnte Interdict bezogen und sie etwas über das dafür zu beobachtende Verfahren aussagen lassen. Daß sie grammatisch natürlich dahin gezogen würden, wird Niemand behaupten: besonders da agere im Edict selbst nie statt interdicere steht [208*]). Noch weit größer sind aber die juristischen Schwierigkeiten, welche dann entstehen. Nach der gewöhnlichen, besonders von Savigny vertretenen Ansicht sollen sie dann sagen: das Interdict gehe auf Ersatz des Schadens, den der Besitzer durch die Störung gehabt, und verjähre in dieser „Function" in einem Jahre. Aber von einer solchen Wirkung des Interdicts ist sonst nirgends die Rede, keine der formulae ex interdicto bei Gaius bezieht sich auf sie und mit dem Zwecke des Interdicts, den Besitz zu erhalten, steht sie außer allem Zusammenhang. Andere verstehen darunter das Cascellianum iudicium auf Herausgabe des Besitzes. Aber dieses konnte offenbar nicht mit diesen Worten im Edict versprochen werden. Unter allen Umständen bleibt außerdem die Ausdrucksweise neque pluris quam quanti res est statt des bloßen quanti res est und die Verjährung in einem Jahre unerklärt. Auf die Anstellung des Interdicts selbst kann letztere natürlich nicht gehen, da diese nicht auf quanti res est gerichtet ist; aber eben so wenig auf die actiones ex interdicto. Der prätorische Befehl vim fieri veto hatte so lange Kraft, als der Prätor, der ihn erlassen, im Amte war; die Sponsionen und Formeln schlossen sich bei einem Interdict wegen Eigenthumsstreites immer bald an dessen Erlassung, bei einem andern an dessen Uebertretung an, und hätte es im letzteren Falle eine Verjährung gegeben, so hätte sie vornehmlich für die Strafformeln gelten müssen [208**]).

---

[208]) S. die Literatur bei v. Vangerow Leitfaden Bd. 1. §. 336. 355. Schmidt Interd. S. 118.

[208*]) Schmidt Interd. S. 61.

[208**]) Nach L. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7.) möchte ich annehmen, daß man später die Sponsionen und Restipulationen wegen des Ungehorsams

Dennoch ist es nicht unmöglich, ja selbst wahrscheinlich, daß Justinian jene Worte der Edictsstelle in einer freilich schielenden Weise zugleich auf das interd. Uti possidetis hat bezogen wissen wollen. Die L. 3. §. 11. D. eod. In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. *Quanti res est* sic accipimus, quanti uniuscuiusque interest, possessionem retinere etc. scheint nämlich doch als Auslegung der Edictsworte quanti res est auf die L. 1 pr. zurückzuweisen und in ihr hat auch wohl der Hauptgrund gelegen, weshalb die Ausleger so einstimmig die fragliche Stelle auf das interd. Uti possidetis selbst beziehen zu müssen geglaubt haben. Bei diesem hatte Ulpian in L. 3. §. 11. das Cascellianum iudicium im Auge. Im Justinianischen Recht aber muß man die Stelle auf den Fall beziehen, daß im Interdict derjenige siegt, welcher während des Processes den Besitz nicht gehabt hat und dem er nun herausgegeben werden muß — die einzige Condemnation, welche — von Strafbefehlen oder cautiones de non amplius turbando abgesehen — im Justinianischen interd. Uti possidetis noch vorkommen kann. Doch darf man der Justinianischen Mitbeziehung des Schlusses von L. 1 pr. auf das interd. Uti possidetis — wenn man sie überhaupt annimmt — jedenfalls nicht die Bedeutung beilegen, daß dasselbe der Verjährung in einem Jahre unterworfen sein soll.

IV, 175. 176.

et est decimae partis causae, adversus interdicta autem quartae partis causae. §. 176. Liberum est illi, cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere, aut iusiurandum exigere etc.

Das Wiederholen des Wortes causae ist eben so lästig als das Fehlen einer Adversativpartikel zu Anfang von §. 176. Kein Zweifel also, daß das überstrichene Zeichen der Handschrift, welches Savigny für c̄ = causae (?) nahm, vielmehr s̄ = sed ist, so daß wir zu lesen haben

adversus interdicta autem quartae partis. §. 176. Sed liberum est illi etc.

---

nur intra annum zugelassen habe, während die reipersecutorische arbitraria (oder in f.) actio, wo nicht, wie beim interd. de tabulis exhibendis, auch eine Jahresfrist ausdrücklich vorgeschrieben war (Paul. 4, 7. §. 6.), stets gegeben wurde.

IV, 181.

Dieser noch gar nicht verstandene §. ist nach der Handschrift so herzustellen:

> † *dum* (Interdum) si ab actore *c'*. (cum) **restipulationis** poena petatur, ei neque calumniae iudicium opponitur, neque iurisiurandi religio iniungitur. nam contrarium iudicium in his causis locum non habere, palam est.

Cum restipulationis poena petere heißt so klagen, daß man dabei die Restipulation eingehen muß. Gaius sagt hier also: in manchen Fällen, wo eine sponsio und restipulatio gemacht werde, könne dem Kläger weder ein calumniae iudicium entgegengesetzt, noch ein Calumnieneid abverlangt werden. Es fragt sich, welche Fälle dieses waren? Gaius führt als Fälle von Klagen mit diesen Strafstipulationen in §. 171. überhaupt die condictio certae pecuniae und die actio pecuniae constitutae an (vgl. 4, 13. und Cic. pro Rosc. Com. 4. 5.). Wir kennen außerdem aus ihm die Interdicte als mit Strafstipulationen verbundene Klagen. Daß er dieselben dort nicht auch nennt, scheint schon auf eine eigenthümliche Beschaffenheit dieses Falles der poena temere litigantium hinzudeuten. Und dieses wird nun durch unseren §. bestätigt. Wenn Gaius nämlich hier sagt, daß nur bei manchen Klagen (interdum) die Calumnienrechtsmittel (Klage oder Eid) vom Beklagten mit der poena restipulationis nicht cumuliert werden können, so meint er mit jenen Klagen ohne Zweifel die actiones certae creditae und constitutae pecuniae; denn hier konnte auch der Kläger nach §. 171. 172. keinen Calumnieneid vom Beklagten verlangen. Er schließt dagegen aus die Interdicte, so daß bei diesen, ungeachtet der damit verbundenen Strafstipulationen, sowohl der Beklagte dem Kläger, wie auch aus 4, 163. hervorgeht, das calumniae iudicium entgegensetzen oder den Calumnieneid von ihm fordern, wie umgekehrt der Kläger gegen den Beklagten das letztere Rechtsmittel gebrauchen konnte; daß in beiden Arten von Klagen dem Beklagten das contrarium iudicium nicht zustand, war freilich klar (palam est), da dieses nur iure singulari gegen solche Klagen eingeführt wurde, die an sich mit gar keiner Strafe für den Kläger verbunden waren und eine solche doch wegen der großen Gefahr, in die er den Beklagten mit seiner Klage brachte, verdienten, ohne daß eine beiderseitige Strafe durch Stipulationen gerechtfertigt gewesen wäre. Woher nun aber jene Verschiedenheit? Wir beantworten diese Frage um so lieber, als dadurch

auch auf andere bisher noch im Dunkeln gebliebene Seiten des Interdictsverfahrens ein neues Licht fallen wird.

Die Strafstipulationen bei Einklagung einer pecunia certa credita oder constituta waren lediglich im Interesse der Parteien, zunächst des Klägers, eingeführt und sollten bei demjenigen Schuldobject, auf dessen zuverlässiger Leistung der Verkehr vornehmlich beruht und dessen Nichtleistung dem Gläubiger einen großen sonst nicht zu liquidierenden Schaden zufügen kann — dem Gelde, die Treulosigkeit der Partei zum Nutzen des andern Theils bestrafen (vgl. 4, 13.), wonach sie denn zugleich eine Strafe der Calumnie enthielten und dieserhalb hier kein besonderes Rechtsmittel mehr gefordert werden konnte. Ganz anders bei den Interdicten. Diese beruhten nicht auf einem Rechte der Partei. Sie waren Gebote oder Verbote der Obrigkeit an eine Partei im Interesse eines Andern, denen die Partei nach dem allgemeinen staatsrechtlichen Verhältnisse der Privaten zu obrigkeitlichen Befehlen bei Gefahr einer Mult sofortigen Gehorsam schuldete. In der ältern Zeit (der legis actiones) waren nun auch die Interdicte, wie anderwärts nachzuweisen sein wird, mit Multen für beide Theile verbunden gewesen. Als später der ganze Civilproceß hinsichtlich des Interesses durchaus privatrechtlich würde, traten zwar auch an die Stelle dieser Multen Sponsionen und Restipulationen, aber doch so, daß mit dieser Aenderung der Art der Strafe nicht auch deren Grund sich änderte. Das Interdictenverfahren blieb bis auf die spätesten Zeiten ein strenges, nicht wegen des besonderen Inhalts des Rechtsverhältnisses der Parteien, sondern weil es auf einem Befehl der Obrigkeit beruhte, dem die Partei nicht ungestraft sich widersetzen durfte. War nun das Interdict ein prohibitorisches, bei welchem ein Proceß unter den Parteien nur im Falle wissentlicher Uebertretung desselben möglich war, so trat nach diesem Princip nothwendig stets das Strafverfahren ein. War es aber ein exhibitorisches oder restitutorisches, so galt zwar im Princip dieselbe Strafverpflichtung zum Gehorsam. Aber wenn dann die Partei, der befohlen war, sofort nach gesprochenem Interdict um einen Arbiter bat, nach dessen Arbitrium sie exhibieren oder restituieren wolle, so lag darin in der That ein Gehorsam gegen die Obrigkeit, welche sie selbst um das Mittel zur Vollziehung ihres Befehls ersuchte, nur verbunden mit dem Gesuch um Ueberweisung der Sache zur Beilegung unter den Parteien nach der Billigkeit, wogegen der Prätor, dessen Machtstellung gewahrt war, nichts erinnern konnte. Dieses ist der wahre Grund der Strafvermeidung durch die arbitri petitio, woraus

zugleich hervorgeht, daß und warum nicht auch der Kläger, dem ja nichts befohlen war, dasselbe Mittel zur Abwendung des cum periculo agere anwenden konnte [209]).

Hatte nun aber die sponsio und restipulatio bei Interdicten einen lediglich formellen Grund — im Verhältniß der streitigen Leistung zur Obrigkeit — so leuchtet ein, daß damit die Calumnie noch nicht bestraft war, die im Verhältniß der Parteien zu einander eintritt. Sie wurde zugleich hier strenger bestraft, um eine quarta [210]), als in gewöhnlichen Klagen, wo sie eine decima betrug, weil ein größerer Frevel darin liegt, mit Bewußtsein seines Unrechts einen besondern mit Strafe verbundenen Befehl der Obrigkeit auszuwirken oder dessen Verbindlichkeit abzuläugnen, als einen gewöhnlichen Proceß zu führen. Ob das calumniae iudicium dem Beklagten auch zustehe, wenn er um einen Arbiter gebeten hatte, war nach 4, 163. bestritten, die bejahende Ansicht aber angenommen und mit Recht, wie auch Gaius urtheilt, da einmal die Calumnie es blos mit dem Verhältniß der Parteien unter einander zu thun hat und sodann in der Bitte um den Arbiter für dieses Verhältniß noch keineswegs das Eingeständniß liegt, daß man schuldig sei. Die abstimmigen Proculianer verwechselten hier offenbar das Verhältniß des Beklagten zum interdicierenden Prätor mit dem zu seinem Gegner.

---

209) Hiermit dürfte Kellers Ansicht (Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 11. S. 309. vgl. Civilpr. §. 76.) ihre positive Berichtigung erhalten, welche negativ schon von Schmidt Interd. S. 265. treffend widerlegt ist. Dem letzteren habe ich selbst einzuräumen, daß in Ciceros Rede für Cäcina nichts enthalten ist, woraus zu schließen wäre, daß beim interd. de vi armata die arbitri petitio nicht gestattet gewesen sei. Allgemeine Gründe sprechen aber selbst gegen diese meine frühere Ansicht.

210) Es fragt sich, wovon dieses Viertel zu berechnen war, ob blos vom Inhalt der arbitraria formula oder auch von dem der sponsio? Jedenfalls das letztere, weil sonst in manchen Interdicten, die blos auf diese Strafe gingen, es gar keinen Inhalt gehabt hätte. Auf ein Viertel gerade kam aber wohl der Prätor so, daß er von dem regelmäßigen Sponsionsverfahren und den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten ausging. Eigentlich hätte nun das calumniae iudicium den höchsten Theil, die Hälfte, wie bei der constituta pecunia betragen sollen; aber da die sponsio selbst Strafe war und vermuthlich dem Sachbetrage gleich kam, so setzte er ein Viertheil des Gesammtbetrags.

Zugabe.

Ueber die Klageformeln in der Lex Rubria.

Wieviel die Klageformeln, deren sich das Römische Volk in seinem Mannesalter nach Aufhebung der legis actiones in den Processen zu bedienen anfing, zur genaueren Kenntniß des Civilrechts beitragen, wissen Alle, welche nach der Wiederauffindung des Gaius sich mit dem Civilrecht beschäftigt haben. Vorher nämlich waren wir sowohl über den Unterschied der Formeln und legis actiones und über die genaue Fassung und den Gebrauch der ersteren fast in Unwissenheit, als auch fehlten uns, um deren Bedeutung durch Combination herausfinden zu können, Beispiele vollständig erhaltener Formeln; wiewohl dieses letztere nur in dem Sinne wahr ist, in welchem man auch von denen, welche etwas haben, die aber nicht wissen, was es ist, mit Recht sagt, daß sie es nicht haben. Ueberhaupt nämlich waren uns solche Formeln in den Fragmenten der Lex Rubria erhalten, welche Hugo[1]) den deutschen Rechtsgelehrten schon zugänglich gemacht und auf deren Erklärung nach Hugo Dirksen (in den Observationes ad selecta legis Galliae cisalpinae capita Berol. 1812.) seinen wie immer ersprießlichen Fleiß verwandt hatte. Man hätte nun wohl nach Auffindung des Gaius erwarten sollen, daß man sofort auf jene Formeln zurückgehen, dieselben mit denen des Gaius vergleichen und die einen aus den andern erklären werde. Freilich ist das auch geschehen, aber ohne großen Erfolg, und „wie die Bücher ihre eigenen Schicksale haben," so könnte man dies mit dem größten Recht auch von diesen Formeln sagen. Denn das gerade, wovon die Einsicht in die Natur und Einrichtung dieser Formeln am meisten abhing, ich meine die Abbreviaturen am Ende derselben C. S. N. P. A., die damals noch ein Räthsel waren, jetzt so sehr bekannt sind, diese hatten schon 1812 zum größten Theil in Göschen ihren p. 4. Oedipus gefunden[2]). Aber nachdem durch das vierte Buch der Institutionen des Gaius volles Licht über diese Materie verbreitet war, hat sich Niemand um jene Formeln der Lex Rubria bekümmert[3]). Bei

---

[1]) Civil. Magazin. Bd. 2. Abhdlg. 20.

[2]) S. Hugo in den Gött. gel. Anz. 1812. S. 1690 flg., auch in dessen Beiträgen zur civil. Bücherkenntniß Bd. 2. S. 130. Daß er Caeterum (statt Condemna) Si Non Paret Absolve deutete, war ein sehr zu entschuldigender Irrthum.

[3]) Denn was ich in einem Excurse zu Cic. pro Tull. in den Anal. literar. Lips. 1826. p. 264. und Heffter in den Observ. edit. Gaii Comment. IV adiectae. Berol. 1827. p. 80. über jene Schlußsiglen der beiden Formeln, uneingedenk der Göschenschen Entdeckung, gesagt hatten, war, wie Hugo mit Recht bemerkte, ein actum agere.

einer reichen Aerndte achtet man einer Aehre nicht, möchte man vielleicht sagen. Aber zu geschweigen, daß uns nur wenige Formeln vollständig von Gaius gegeben werden und daß diese aus den Edicten und dem Gerichtsgebrauch seiner Zeit entnommen sind, ist auch deswegen den Formeln der Lex Rubria ein eigenthümlicher Werth beizulegen, weil sie in einem Gesetze vorgeschrieben und also vollkommen genau und authentisch sind. Hiernach können sie für die uns von Gaius erhaltenen Beispiele als Norm dienen und uns darüber vergewissern, ob letztere auch genau und so wie sie im gerichtlichen Gebrauch waren oder nur den Hauptpunkten nach (wie es in einem schriftstellerischen Werke nicht auffallen dürfte) wiedergegeben und ob sie auch nicht etwa später von den Abschreibern verfälscht worden sind. Aber, um die Wahrheit zu gestehen, nicht sowohl der geringe Werth dieser Formeln, als vielmehr deren Schwierigkeit war Ursache, warum man sich bis jetzt von ihnen fern hielt: wir meinen nicht die Schwierigkeit des Inhalts, sondern einiger Abkürzungen, welche man bisher nicht zu deuten wußte. Da mir nun diese Deutung, wie ich glaube, gelungen ist, so benutze ich diese mir dargebotene Gelegenheit, die fraglichen Formeln in einer neuen Bearbeitung vorzulegen.

Dabei muß aber das ganze 20. Capitel der Lex Rubria zum Grunde gelegt werden, welches wir daher vor Allem folgen lassen. Wir geben es nach der Dirksenschen Recension, die auch in den Antiquitatis Romanae monumenta legalia von Haubold und Spangenberg abgedruckt ist, also auch mit der jetzt gangbaren Orthographie und mit der Dirksenschen Auflösung der Abkürzungen. Auf die Beschaffenheit des urschriftlichen Textes wird es uns erst in den Anmerkungen ankommen und wir bedienen uns dafür jetzt nicht mehr der Ausgabe des P. de Lama, sondern der weit vollkommneren von Ritschl (Leg. Rubr. pars superstes. Ad fidem aeris Parm. exemplo lithogr. exprimendam cur. F. Ritschelius Bonn. 1851.), in welcher die kritischen Ergebnisse der ersten Ausgabe dieser Abhandlung auch schon benutzt sind.

XX. Qua de re quisque et a quo, in Gallia Cis Alpina, damni infecti ex formula restipulari satisve accipere volet, et ab eo, qui ibi ius dicet, postulaverit, idque non calumniae caussa se facere iuraverit, tum is, quo de ea re in ius aditum erit, eum qui in ius eductus erit, de ea re ex formula repromittere et si satisdari debebit, satisdare iubeto decernito. Qui eorum ita non repromiserit, aut non satisdederit, si quid interim damni datum, factumve ex ea re, aut ob eam rem, eove nomine, erit, quam ob rem, uti damni infecti repromissio satisvedatio fieret, postulatum erit, tum Magistratus Provemagistratu, Duumvir, Quatuorvir, Praefectusve, quocunque de ea re in ius aditum erit, de ea re ita ius dicito, iudicia dato, iudicarique iubeto, cogito, proinde atque si de ea re, quum ita postulatum esset, damni infecti ex formula recte repromissum satisve datum esset. De ea re, quod ita iudicium datum, iudicareve iussum, iudicatumve

erit, ius ratumque esto, dum in ea verba, si damni infecti repromissum non erit, iudicium det, itaque iudicare iubeat: „(*Iudex fiat, si*) *antequam id iudicium, qua de re agitur, factum est, Quintus Licinius damni infecti eo nomine, qua de re agitur, eam stipulationem, quam is, qui Romae inter peregrinos ius dicet, in albo propositam habet, Lucio Seio repromisisset, tum quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona, dare facere sestertios … eum iube Q. Licinium L. Seio.*“

Si ex decreto Duumviri, Quatuorviri, Praefective Mutinensis, quod eius Duumvir, Quatuorvir, Praefectusve ex lege Rubria, sive id Plebisve scitum est, decreverit, Q. Licinius eo nomine, qua de re agitur, L. Seio damni infecti repromittere noluit (c. s. n. p. a.), aut si damni infecti satisdatum non erit, in ea verba iudicium det: „(*Iudex fiat, si*) *antequam id iudicium, qua de re agitur, factum est, Q. Licinius damni infecti, eo nomine, qua de re agitur, ea stipulatione, quam is, qui Romae inter peregrinos ius dicet, in albo propositam habet, L. Seio satis dedisset, tum quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona, dare facere eum iube Q. Licinium L. Seio, si ex decreto Duumviri, Quatuorviri, Praefective Mutinensis, quod eius is Duumvir, Quatuorvir, Praefectus ex lege Rubria, sive id Plebisve scitum est, decreverit, Q. Licinius eo nomine, qua de re agitur, L. Seio damni infecti satis dare noluit* (*c. s. n. p. a.*).“

Dum Duumvir, Quatuorvir Iuri Dicundo, Praefectusve de ea re ius ita dicat, curetve, uti ea nomina et municipium, colonia, locus, in eo iudicio, quod ex iis, quae proxime scripta sunt, accipiantur, includantur, concipiantur, quae includi, concipi sine dolo malo oportebit, debebitve, ne quid ei, qui de ea re aget petetve, captioni ob eam rem, aut eo nomine esse possit. p. 7.

Neve ea nomina, qua in earum qua formula quae supra scripta sunt, aut Mutina, in eo iudicio includi, concipi curet, nisi ii, quos inter id iudicium accipietur, lisve contestabitur, iis nominibus fuerint, quae in earum qua formula supra scripta (sunt,) et nisi si Mutinae ea res agetur.

Neve quis Magistratus, Provemagistratu, neve quis, pro quo imperio potestateve erit, intercedito, neve quid aliud facito, quo minus de ea re ita iudicium detur iudiceturque.

Dieser Dirksenschen Recension können wir in den übrigen Theilen des Capitels außer den Formeln so ziemlich beistimmen. Nur wird am Schlusse der zweiten Formel vor dum besser mit Ritschl blos ein Colon gesetzt. Doch darf man mit diesem p. 12. weder curetve in curetque ändern, noch diesen ganzen Zusatz als eine bloße Wiederaufnahme des dum in ea verba … iudicium det itaque iudicare iu-

beat unmittelbar vor der ersten Formel auffassen, als sollte damit ausgedrückt werden: dum (igitur) ... ius ita (wie vorstehend angegeben) dicat, (simul)que curet, ut ea nomina etc. Er enthält vielmehr von vornherein eine neue Beschränkung der unmittelbar voraufgegangenen Vorschrift der datio der Formeln selbst, das ita correspondiert dem folgenden ut, und ius dicat curetve ist gesetzt, weil das Umwandeln der fingierten Eigennamen der Normalformeln in die wirklichen einerseits als ein Theil der in iudicis formulaeque datio bestehenden iurisdictio, andererseits auch als eine bloße curatio aufgefaßt werden konnte. Die Worte neve ea nomina hat Ritschl ebenfalls richtig durch bloßes Colon von den vorhergehenden esse possit getrennt; man muß aber dieses ne (vollständig uti ne) eben so wie das vorhergehende uti ea nomina etc. von ita ius dicito curetve abhängig denken, nicht mit Ritschl zu dum ziehen. Ferner ist Z. 43. für accipiantur, includantur concipiantur (auf der Tafel steht ACCIPIENTUR. INCLUDENTUR. CONCIPIANTUR) zu lesen: accipietur, includantur, concipiantur, so daß der Satz so fortgeht: uti ea nomina ... in eo iudicio, quod ex iis, quae proxime scripta sunt, accipietur, includantur, concipiantur. Denn nomina accipi ist hier sinnlos und nachher folgt auch nur: quae includi, concipi sine dolo malo oporteret und Z. 46. 47. ea nomina ... in eo iudicio includi, concipi curet. Umgekehrt können wir das Wort accipietur, was auch Z. 48. auf dieselbe Weise wiederkehrt, zur Vervollständigung jener Worte: quod ex iis (sc. duobus) iudiciis, auf keine Weise entbehren. Was ich aber anderswo über den Gebrauch von includere oder concludere in den Klageformeln gesagt habe, will ich hier nicht wiederholen [4]). Von geringer Bedeutung ist, daß in dem bald darauf Folgenden für NEIVE. EA. NOMINA. QVA. IN. EARVM. QVA FORMVLA. QVAE. S. S. S. der Graveur NEIVE. EA. NOMINA. QVAE. IN. EARVM. QVA. FORMVLA. S. S. S. schreiben wollte oder doch mußte. [5])

Was nun aber die Formeln betrifft, so weiche ich soweit von Dirksen und den übrigen frühern Herausgebern ab, daß ich durch nochmaliges Anführen wenigstens einer derselben nach meiner Interpretation (woraus Jeder leicht ersehen kann, was ich über die andere urtheile) mir und dem Leser am meisten zu dienen glaube. Die erste soll also so lauten:

IVDEX ESTO. SI, ANTEQVAM ID IVDICIVM, QVA DE RE AGITVR, FACTVM EST, Q. LICINIVS DAMNI INFECTI EO NOMINE, QVA DE RE AGITVR, EAM STIPVLATIONEM, QVAM IS, QVI ROMAE INTER PERE-

---

[4]) Ad Cic. pro Tull. §. 27. Anal. liter. p. 138. Dirksen l. c. p. 38. führt auch Cic. pro Rosc. Com. 5. an.

[5]) Ritschl hat beide Emendationen gebilligt. An der letztern Stelle mit Weglassung des zweiten QVA zu lesen: qua (für aliqua) in earum formula, quae supra scriptae sunt, erklärt er p. 12. für unlateinisch; auch kann das kaum vertheidigt werden, daß die Alten ebenso quisquis getrennt mit einem dazwischen gesetzten Worte wie qua de re cunque gesagt hätten.

GRINOS IVS DICET, IN ALBO PROPOSITAM HABET, L. SEIO REPROMISISSET, TVM QVIDQVID EVM Q. LICINIVM EX EA STIPVLATIONE L. SEIO DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA, DVNTAXAT HS..., EIVS, IVDEX, Q. LICINIVM L. SEIO, SI EX DECRETO II VIRI, IIII VIRI, PRAEFECTIVE MVTINENSIS, QVOD EIVS II VIR, IIII VIR, PRAEFECTVSVE EX LEGE RVBRIA, SIVE ID PLEBEIVE SCITVM EST, DECREVERIT, Q. LICINIVS EO NOMINE, QVA DE RE AGITVR, L. SEIO DAMNI INFECTI REPROMITTERE NOLVIT, CONDEMNA, SI NON PARET ABSOLVE.

Was wir nun wegen dieser Formel zu bemerken haben, werden wir angemessen in zwei Abschnitte theilen. Der erste soll von dem im 20. Capitel des Gesetzes aufgestellten Rechte handeln, auf welches sich die dazu gehörigen Formeln beziehen. Der andere wird die Formeln selbst und deren Abfassung zum Gegenstande haben. Wir beginnen mit dem ersten Abschnitt.

I.

Das in der Lex Rubria vorgeschriebene Recht des damnum infectum weicht von den im edictum perpetuum aufgestellten Grundsätzen, wie sie uns von Ulpian im 53. Buch zum Edict [6]) überliefert sind, in zweifacher Hinsicht ab [7]). Denn für's Erste, wenn Jemanden in Gallia cisalpina wegen damnum infectum nach Decret der dortigen Obrigkeiten nicht repromittiert oder vom Nichteigenthümer nicht mit Bürgen caviert ist, so wird ihm, wenn nachher der Schaden eingetreten ist, aus diesem Gesetze eine Klage auf das gegeben, was ihm hätte geleistet werden müssen, wenn ihm caviert worden wäre. Der Prätor hingegen immittiert denjenigen, dem nicht caviert worden ist, in das Grundstück, wegen welches Caution gefordert worden war, und gibt ihm nachher, wenn eine gerechte Ursache vorzuliegen scheint, d. h. wenn darin verharrt worden ist, nicht Caution zu stellen, auch den Eigenthumsbesitz. Wenn aber der Andere weder Caution gestellt, noch das in possessione esse noch das possidere geduldet hat, dann wird ebenfalls eine Klage versprochen, mit welcher der Kläger soviel erlangt, als der Gegner im Falle deswegen gestellter Caution hätte leisten müssen. Daher findet überhaupt der Unterschied statt, daß nach dem Edicte des Prätor urbanus dem, welcher cautio damni infecti verlangt hat, nach Verweigerung derselben das in possessionem ire und possidere anbefohlen, und wenn auch dieser Befehl von dem Beklagten vereitelt ist, dann erst die Klage wegen damnum infectum ertheilt, nach diesem Gesetz aber ohne alles in possessionem ire und possidere iubere sogleich die Klage wegen des Schadens gegeben wird. Man hat natürlich nach dem Grunde dieser Rechtsverschiedenheit gefragt.

p. 9.

Da unser Gesetz bestimmt, die stipulatio damni infecti solle nach

6) L. 7 pr. D. de damn. infect. (39, 2).
7) Wie auch Dirksen p. 24. schon bemerkt hat.

der Formel im Edict, nicht des Prätor urbanus, sondern des peregrinus stattfinden, so erkannte schon Dirksen, daß der Grund der Verschiedenheit in der der Edicte der beiden Prätoren selbst zu suchen sei. Daher stellte er die Ansicht auf, daß jenes dem Römischen Gewohnheitsrecht, dieses dem ius gentium gefolgt sei; zu den Eigenthümlichkeiten des Römischen Rechts habe aber auch die missio und possessio gehört. Da nun in den Provincial-Municipien die stipulatio damni infecti zwar überhaupt, aber mit Abrechnung des eigenthümlich Römischen gegolten zu haben scheine, so sei es ganz erklärlich, daß in den Municipien nur ein iudicium ohne missio wie im Edict des Prätor peregrinus gegeben worden sei. Man würde dieser scharfsinnigen Ansicht gewiß gern ohne Weiteres beifallen, wenn nicht die Frage Bedenken erregte, warum doch die missio in possessionem dem Römischen Recht eigenthümlich genannt werde. Denn während dieses ganze Recht aus dem Edicte des Prätors herrührt, welcher, wie bekannt, überall die natürliche Billigkeit begünstigt hat, warum wird nicht auch die missio aus derselben Quelle abgeleitet, zumal selbst Dirksen gezeigt hat, daß Beispiele von Missionen anderer Art auch im Provincial-Edict vorkommen? Dieser Einwurf macht ein etwas tieferes Eindringen nöthig.

Aus Gaius ersehen wir, daß wegen damnum infectum schon das Civilrecht, wahrscheinlich das der zwölf Tafeln, eine Bestimmung enthalten hat. Gaius Worte sind nach der zweiten Ausgabe von Göschen und zum Theil nach meiner Wiederherstellung [8]) folgende: Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium fit. Proinde hodieque cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento aput Praetorem urbanum vel peregrinum: propter damnum vero infectum nemo vult lege agere; set potius stipulatione, quae in edicto proposita est, obligat adversarium — (Heffter hat diese Lücke richtig mit den Worten per magistratum ausgefüllt) quod et commodius ius et plenius est. Die Handschrift hat jedoch nach Göschen *pp* * *damni* vero *infecti*, was so zu ändern, wie in vorstehendem Texte geschehen, schon jenes frühere damni infecti lege agere, was hier wie eine feierliche Formel wiederkehrt, abhalten mußte. Das hat auch Heffter gefühlt. Aber was er an die Stelle setzt: aput Praetorem urbanum vel peregrinum pro parte. damni vero infecti u. s. w., das hat er weder diplomatisch, S. 16. seiner Ausgabe, noch philologisch und juristisch S. 39. seiner beigefügten Observationes gerechtfertigt [9]). Unseres Erachtens ist nicht sowohl zu verbessern, sondern nur richtig zu lesen in folgender Weise: apud Praetorem urbanum vel peregrinum p. re (d. h. pro re). damni vero infecti etc. Pro re, d. h., wie Cicero sich weitläufiger auszu-

---

8) Studien des Römischen Rechts. Bd. 1. S. 307 ff.

9) Vgl. Unterholzner in der Kritischen Zeitschrift f. Rechtswissensch. Bd. 4. S. 201.

drücken pflegt, pro re nata, hier: je nachdem der Fall unter die Gerichtsbarkeit dieses oder jenes Prätors gehört [10]). Aber zur Sache.

Es fragt sich nämlich, was vom alten Civilrecht in Betreff des damnum infectum festgesetzt war. Wenn ich den Geist des alten Rechts richtig erkenne, welches die Rechtsverhältnisse noch unmittelbar naturgemäß auffaßte und statt des späteren obrigkeitlichen Schutzes noch von der Autonomie der Privaten ausging, so befahlen die Decemvirn zwar gleichfalls, daß wegen damnum infectum Caution gestellt werde, aber so, daß, wenn dieses nicht geschähe, der Bedrohte zur Besitznahme des Hauses berechtigt sein sollte, um durch Reparatur auf Kosten des Eigenthümers sich selbst zu schützen; denn die verweigerte Sicherstellung, die gleichsam dem Grundstück selbst oblag, mußte eine solche der manus iniectio ähnliche Execution begründen. Doch war dem Eigenthümer gewiß auch gestattet, sich gleichsam durch noxae datio von aller Verpflichtung zu befreien. Denn eine große Aehnlichkeit zwischen dem durch Thiere und dem durch den Einsturz von Gebäuden angerichteten Schaden leuchtet ein. In beiden Fällen ist es nicht ein Mensch, sondern eine Sache, die gleichsam delinquiert, in beiden Fällen bleibt unberücksichtigt, was nicht durch eine fehlerhafte Beschaffenheit, sondern naturgemäß geschehen ist, wie von einem wilden Thiere, von einem durch Erdbeben eingestürzten Hause [11]). In beiden Fällen haftet auch der Eigenthümer als solcher für die Sache. Der bleibende Unterschied fällt mit dem zwischen einer sich selbst bewegenden und einer unbeweglichen Sache zusammen. Denn da vor jener sich Niemand selbst vorsehen kann, ist es billig, daß aus dem durch sie zugefügten Schaden Klage gegen den Eigenthümer gegeben werde. Ob aber ein Gebäude oder ein anderes erst vom Menschen mit dem Boden verbundenes und daher auch von ihm zu erhaltendes Werk schadhaft sei und Einsturz drohe, kann und soll nach der natürlichen Einheit des Grundes und Bodens auch der bedrohte Nachbar voraussehen; deswegen kann er nur eine cautio p. 11. damni infecti verlangen oder eigene Realsicherung suchen und muß, wenn er dies verabsäumt hat, den Schaden sich selbst zuschreiben; wenn er jedoch Caution gefordert und nicht erlangt hat, dann ist ihm der Eigenthümer wegen des Gebäudes wie wegen eines animal noxium verpflichtet, jedoch so, daß er sich auch durch Aufgeben seiner Sache befreien kann [12]). Mit Recht vergleicht daher auch Ulpian [13]) den Fall

---

10) Weitere Rechtfertigungen dieser Lesart s. in der Zeitschrift f. gesch. R.-W. Bd. 13. S. 282. Uebrigens sind uns die Veränderungen in der Competenz der beiden Prätoren, worauf Gaius hindeutet, nicht bekannt. Sie hingen wahrscheinlich mit der Aufnahme aller Italischen Bundesgenossen in das Bürgerrecht zusammen.

11) Vgl. pr. I. si quadrup. pauper. (4, 9.) L. 1. §. 4—11. L. ult. D. eod. (9, 1.) L. 52. §. 2. 3. D. ad legem Aquil. (9, 2.). — L. 24. §. 2—11. L. 43 pr. D. de damn. infect. (39, 2.).

12) Gai. 4, 75. L. 2. pr. D. de noxal. act. (9, 4.), L. 61. §. 5. D. de furtis (47, 2.) L. 2. D. de eo, per quem factum erit (2, 10.).

13) L. 7. §. 1. D. de damn. inf. (39, 2.).

des damnum infectum mit dem der pauperies, wo er zugleich noch einen besondern Grund beibringt, warum bei Gebäuden wegen schon geschehenen Schadens nichts im Edict verfügt sei. De damno vero facto, sagt er, nihil Edicto cavetur: cum enim animalia, quae noxam commiserunt, non ultra nos soleant onerare, quam ut noxae ea dedamus, multo magis, quae anima carent, ultra nos non debent onerare; praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae exstent, aedes autem, si ruina sua damnum dederunt, desierint exstare.

Die Behauptung aber, daß die cautio d. i. aus den 12 Tafeln stamme, stützt sich hauptsächlich auf folgende Stelle des Paulus L. 5. D. ne quid in loco publ. (43, 8.) Si per publicum locum rivus aquae ductus privato nocebit, erit actio privato ex Lege XII tabularum, ut noxae domino caveatur, wo nocebit für nocere poterit steht[14]), mithin auch noxae für noxae futurae (nomine). Die hier gegebene Klage ging also auf Bestellung einer cautio d. i. War in ihr der Pflichtige zur Caution condemniert und leistete sie nicht, so wird er entweder sogleich auf den gefürchteten höchsten Schaden oder, indem man bis zum Eintritt des Schadens mit weiterem Verfahren wartete, auf den Betrag des wirklichen Schadens verurtheilt worden sein. Ueberhaupt aber werden die Decemvirn zwei Fälle unterschieden haben: wenn von einem Privatgrundstück und wenn von einem öffentlichen her durch ein Privatbauwerk Schaden drohte. Im ersteren Falle geboten sie wahrscheinlich, wie schon gedacht, Uebernahme des vom Grundstück drohenden Schadens durch gestellte Caution oder, wenn diese verweigert wurde, Gestattung, daß der Nachbar selbst Besitz ergreife und durch Reparatur auf Kosten des Eigenthümers die Gefahr beseitige, so daß hier erst, wenn der Eigenthümer auch die Selbsthülfe des Bedrohten verwehrte, das Verfahren gegen den zur Gestattung Verurtheilten auch darauf hinauslief, dem Kläger durch Aestimation damno facto Schadensersatz zu gewähren, falls nicht die noxae datio vorgezogen wurde. Im zweiten Falle dagegen, wo weder noxae datio noch Gestattung der Selbsthülfe möglich war, konnte blos eine Klage auf die Caution mit dem erwähnten Ausgange gegen den, der den Bau aufgeführt oder jetzt inne hatte, gegeben werden. Da aber Privatleuten damals außer einer Röhren- oder Wasserleitung[15]) nicht leicht eine Anlage auf öffentlichem Boden gestattet wurde, und wenn etwas ohne obrigkeitliche Verstattung vorgenommen war, dies von den Magistraten entweder extra ordinem beseitigt oder Interdicte deshalb gegeben wurden, so begnügten sich die Decemvirn blos wegen des über eine öffentliche Oertlichkeit geführten Wasserganges eine Klage zu ge-

---

[14]) Schon Azo bezog sich dafür auf L. 21. pr. D. de statu lib. (40, 7.).

[15]) Hierüber s. L. 3. §. 4. D. de rivis (43, 21.), L. 1. §. 38—45. D. de aqua quotid. (43, 20.), L. 18. D. de aqua pluvia (39, 3.), L. 14. §. 2. D. de servit. (8, 1.).

ben[16]). Und diese Civilklage erwähnte Paulus in seinem Commentar zu dem Civilrecht des Sabinus als praktisches Recht, weil in dieser p. 12. Hinsicht der Prätor kein vollständigeres noch bequemeres Recht eingeführt hatte. Denn obgleich der Prätor auch wegen damnum infectum durch Anlagen auf öffentlichem Boden Bürgschaft zu leisten befahl[17]), so ließ sich der Befehl doch hier nicht auf die gewöhnliche Weise durchsetzen, sondern es wird nach dem Edict nur eine actio in factum nach geschehenem Schaden Statt gefunden haben[18]), welche sich dann an die der zwölf Tafeln wegen des Aquäducts nur analog anschloß.

Eine andere Spur des Zwölftafel-Gesetzes über damnum infectum, glaube ich, könnte in der Ueberschrift von Paul. S. R. V, 10. de contrahenda auctoritate übrig sein, unter welchem Titel nur vom damnum infectum und der gemeinschaftlichen Wand die Rede ist. Da nämlich diese Cautionsleistung immer nur dem Eigenthümer, der auch sein baufälliges Haus nicht derelinquieren wollte, oblag, so konnte man auctoritatem contrahere gar wohl von dem sagen, der sich als Vertheidiger seines Hauses zum Schadensersatz bekannte, indem er entweder sogleich vor dem Prätor oder nachher auf Befehl des Richters cavierte, und es ließe sich selbst denken, daß die bekannte legis actio in auctorem praesentem: *Quando te in iure conspicio, postulo anne fias auctor?*[19]) sich auf diesen Fall bezogen hätte. Denn da die legis actiones gegen Ende der Republik nur noch in Centumviralfällen und wegen damnum infectum praktisch waren und die übrigen Formulare, welche uns Cicero und Valerius Probus für legis actiones mittheilen, sich nur auf die in rem actio (petitoria und per sponsionem) beziehen, d. h. auf Centumviralfälle, so könnte man es auffallend nennen, daß sich von dem Formular für die legis actio damni

---

16) Ich kann also Dirksen (Zwölftafel-Fragmente S. 486—490.) und J. Gothofredus (ad XII tabb. not. brev.), welchem Dirksen gefolgt ist, nicht beistimmen, wenn sie die L. 5. cit. auf die von den zwölf Tafeln eingeführte (L. 21. pr. D. de statulib. 40, 7.) actio aquae pluviae arcendae beziehen. Ihnen ist entgangen, daß diese Klage nicht Statt hat, wenn Jemand auf einem öffentlichen Platz etwas vorgenommen hat. S. L. 3. §. 3. L. 18. pr. D. de aqua et aqu. plav. (39, 3.). — Viel weniger billige ich die Meinung des Accursius, daß nach L. 5. cit. der Staat selbst verpflichtet werde, wenn in dessen Namen ein Wassergang angelegt sei. Denn alle diese Klagen beziehen sich nur auf das, was privatim geschieht. L. 24. pr. D. de damn. inf. (39, 2.).

17) Ausdrücklich sprach dieses das Edict nur von Werken in einem öffentlichen Fluß oder an dessen Ufer aus, wo eine Cautionsleistung auf 10 Jahre vorgeschrieben war. Es wurde aber auch bei andern öffentlichen Oertlichkeiten angewandt, L. 7 pr. L. 15. §. 2—9. L. 19. §. 1. D. h. t. L. 24. pr. D. de damn. inf. (39, 2.). L. 3. §. 3. D. de aqua et aqu. pluv. (39, 3.).

18) Vgl. L. 18. D. de serv. pr. urb. (8, 2.) L. 27. §. 10. D. ad Leg. Aquil. (9, 2.). Vangerow Leitfaden Bd. 3. §. 678. S. 546. hält diese Klage für eine Ergänzung der actio Legis Aquiliae, welche aber selbst Statt fand, wenn den Bauherrn ein positives Verschulden traf, L. un. §. 5. D. de ripa mun. (43, 15.), und ohne dieses auch nicht ausdehnungsweise Statt finden konnte.

19) Cic. pro Caec. 19. pro Mur. 12. Valer. Prob. de not. iur.

infecti gar nichts erhalten haben sollte. Doch bleibt diese Deutung jener Worte unsicher, da sie auch auf den auctor, der vermöge der litis denunciatio am Processe Theil nehmen wollte, bezogen werden können [20]).

In diesen Zustand des alten Rechts griffen nun die prätorischen Edicte ein. Wie aber das Verhältniß derselben zu dem früheren und späteren Rechte zu denken ist, darüber sei es erlaubt, eine, wie ich glaube, sicherere Vermuthung als die von Dirksen vor der Auffindung p. des Gaius geäußerte aufzustellen, damit namentlich auch aufgeklärt werde, wie sich das Recht der Lex Rubria zu dem verhalte, welches wir aus den Digesten kennen. Zuerst scheint darin, daß der Urheber der einen und der anderen Lex Julia bei Aufhebung der legis actiones den Fall des damnum infectum ausnehmen zu müssen glaubte, ein sicherer Beweis zu liegen, daß zu den Zeiten des Augustus, in die wenigstens die eine Lex Julia mit Recht gesetzt wird, noch nichts über damnum infectum im Edict des Prätor urbanus vorgeschrieben war. Denn an eine andere Ursache, warum eine legis actio nur in diesem einzigen Falle übrig gelassen wurde, als weil es sonst für die Römischen Bürger überhaupt an einer Rechtsverfolgung wegen damnum infectum gefehlt hätte, kann kaum gedacht werden [21]). Und das, meine ich, ist auch die Ursache gewesen, warum der Urheber der Lex Rubria, die jedenfalls vor die zweite Lex Julia fiel, die Cisalpiner an das Edict des Prätor peregrinus gewiesen hat [22]). Denn wenn ein Edict des Prätor urbanus über damnum infectum damals bestanden hätte, warum sollte Rubrius dieses nicht eben sowohl seiner Gerichtsordnung zu Grunde gelegt haben, wie er in anderen Theilen derselben, z. B. in cap. 21. u. 22., Alles auf die Jurisdiction des Prätors, d. h. des Prätor urbanus [23]) zurückgeführt hat? Oder wäre das, was für die Bürger Roms billig war, nicht auch für die der Municipien billig gewesen? Offenbar konnte hier kein Unterschied sein. Dagegen enthielt das Edict des Prätor peregrinus schon damals in dieser Materie eine Bestimmung, die, wenn auch nicht so zweckmäßig und vollkommen, wie die spätere des Prätor urbanus, doch den Bewohnern Norditaliens immer viel lieber sein mußte, als eine legis actio, die sie nöthigte, nach Rom zu reisen, und die, wenn eine von beiden Parteien oder

---

[20]) S. darüber mein Recht des Nexum S. 184. Ebendaselbst S. 206. habe ich auch eine andere mögliche Erklärung des auctoritatem contrahere bei Paulus vorgeschlagen.

[21]) Kein Gegenbeweis ist, daß schon Servius Sulpicius von den Pandektisten in der Materie vom damnum infectum angeführt wird. L. 24. §. 4. 5. D. h. t. Die von ihm referierten Aussprüche können sich eben so gut auf das Zwölftafelrecht bezogen haben, dessen legis actio auch der Prätor in sein Edict aufgenommen haben wird.

[22]) Daß das Edict über die missio zu Gunsten dessen, dem die cautio damni infecti nicht gestellt worden ist, vor der Lex Rubria nicht existirt habe, hat, wie ich sehe, auch Zimmern Gesch. des Privat-Rechts. Bd. 3. §. 84. S. 267. behauptet.

[23]) S. Dirksen's Observat. p. 19. 60.

beide Peregrinen waren, überhaupt nicht angestellt werden konnte[24]. Zum Besten der in oder bei Rom lebenden Peregrinen, welche nicht lege agere konnten, mußte nämlich der Prätor sich schon längst bewogen gefunden haben, die stipulatio damni infecti aufzustellen und so das ius civile nachzuahmen. Als daher später, jedoch auch noch unter Augustus[25], denselben Weg, welchen der Prätor peregrinus schon lange vorangegangen war, auch der urbanus einschlug, ereignete sich bei diesem Ueberrest der legis actiones nur etwas Aehnliches, wie früher in Betreff der legis actiones überhaupt[26]. So wie nämlich die Römischen Bürger sich vormals nach dem Beispiele der Peregrinen, welche sie nach dem vom Prätor aufgestellten weit billigeren Rechte durch prätorische Instructionen (damals nur noch blos mündlichen) processieren sahen, von den Fesseln der legis actiones losgemacht hatten, so scheint nun auch der Prätor urbanus, dem peregrinus nachahmend, sein Edict über das damnum infectum aufgestellt zu haben, in der Absicht, die Römer auch hier einer ähnlichen zweckmäßigeren Rechtsverfolgung theilhaftig zu machen, wie sie für die Peregrinen schon länger gegolten hatte. Und wie damals die legis actiones überhaupt durch Gesetze aufgehoben worden waren, so kam jetzt die einzige übrig gebliebene p. 14. legis actio damni infecti auch noch in Vergessenheit und wurde dann durch Gewohnheits-Recht ganz abgeschafft[27].

---

24) Eine Ausdehnung der legis actiones durch den Prätor auf Peregrinen ist überhaupt undenkbar, da sie auf der eigenen Macht der Partei als der Römischen Gesetze theilhaftigen Bürgers beruhten und der Prätor Niemanden das Röm. Bürgerrecht geben konnte. Nur ein Gesetz konnte eine legis actio im Interesse von Peregrinen in der Art, wie die Lex Calpurnia und Iunia repetundarum (Klenze ad Leg. Servil. p. 40. 88.) es ohne Zweifel thaten, anordnen, indem es einen Römer als actor für dieselben zuließ und befahl, daß das Eingeklagte ihnen, wahrscheinlich vom Quästor, zugestellt würde. Dagegen konnte der Prätor ohne Zweifel von jeher Römische leges auf Peregrinen in der Art ausdehnen, daß er von ihm ernannten Richtern befahl, sie oder ihnen in einem Falle eben so zu verurtheilen, als wenn sie Römische Bürger wären, und so sind die alten Recuperationen zu denken.

25) Denn schon der Jurist Labeo hat das Edict des Prätor urbanus über das damnum infectum commentiert. L. 13. §. 5. L. 15. §. 15. 20. 23. 35. etc. D. h. t. Daß ich aber damit nicht sage, wie mir es Puchta Zeitschr. f. gesch. RW. Bd. 10. (1842) S. 214. untergeschoben hat, die Aenderung habe sich „gleichsam im Handumdrehen" gemacht, wird jeder zugeben, der weiß, wie lange Augustus regiert und daß wenigstens Capito ihn noch überlebt hat.

26) Analect. litt. p. 217. vgl. Unterholzner in d. krit. Zeitschr. f. RW. Bd. 4. S. 212.

27) Puchta a. a. O. S. 215 flg. erscheint die Annahme, daß das Edict des Prätor urbanus de damno inf. damals noch nicht existiert habe, bedenklich (Gründe werden nicht angeführt) und er will die Verweisung auf die Stipulationsformel im Edict des Prätor peregrinus daraus erklären, daß diese die Verpflichtungsformel promittisne? promitto, die des urbanus dagegen die mit spondeo enthalten habe, die für Peregrinen — und solche hätten doch auch in Gallia cisalpina wohnen können — unverbindlich gewesen wäre. Allein, wenn damals schon zwei so verschiedene Stipulationsformeln existiert hätten, so hätte unser Gesetz schon im Eingange von Cap. 20., wo es dann viel nothwendiger war als in der formula actionis, sagen müssen, daß es das Recht der stipu-

Aber wenn die Sache so steht, warum trat dann der Prätor urbanus nicht durchweg in die Fußtapfen seines Collegen? Der Grund scheint sich aus den verschiedenen Interessen, welche beide Prätoren wahrzunehmen hatten, leicht zu ergeben.

Wenn man zugibt, daß das Civilrecht über das damnum infectum das oben auseinandergesetzte gewesen sei, so konnte der Prätor urbanus, wenn er, wie es ihm überhaupt zukam, dem ius civile sich möglichst anschließen und es nur zugleich von seiner bisherigen Unbeholfenheit befreien und vervollkommnen wollte, nicht anders edicieren, als wir es in L. 7. pr. D. h. t. lesen. Er behielt nämlich aus dem Civil-Recht im Wesentlichen sowohl die noxae cautio mit ihrer Execution als die noxae datio bei; aber an die Stelle der an die dies fasti gebundenen und die Stellvertretung ausschließenden legis actio setzte er die einfache jederzeit und auch durch Stellvertreter anzubringende Bitte um den Befehl zur cautio oder satisdatio damni infecti und sorgte dafür, daß diese auch bei den Municipal-Magistraten [28]) beantragt werden könnte. So wurde das Recht bequemer gemacht. Sodann ertheilte er anstatt der meist frustrierten eigenen Besitznahme seine missio in possessionem mit dem Interdict ne vis fiat und wandelte, wenn auch diese die Caution nicht herbeiführte, die bisherige Befugniß des Hauseigenthümers, sich durch Einräumung des Hauses vom Schadensersatz zu befreien, durch Substituierung der possessio in einen Zwang um, so jedoch, daß er durch die vorbehaltene causae cognitio Alles nach Umständen mildern konnte. So wurde dem Kläger ein vollständigeres Recht gegeben und zugleich für die billige Berücksichtigung der Fälle gesorgt, daß der Angesprochene abwesend oder ein Pupill war oder nicht Eigenthümer des schadendrohenden Hauses zu sein behauptete. Wenn dagegen der Prätor peregrinus die cautio damni infecti ohne Verheißung einer missio angeordnet und, wenn nicht caviert würde, sogleich eine Klage wegen schon geschehenen Schadens versprochen hatte, so hatte ihn dazu der sehr triftige Grund bewogen, daß den sich in Rom meist nur vorübergehend aufhaltenden Fremden nichts daran liegen konnte, Einsturz drohende Häuser dort mit großen Kosten herzustellen oder zu festem Rechte zu besitzen, und daß, wenn ihnen auch daran gelegen

---

latio d. i. im Edict des Prätor peregrinus meine. Die bloße Erwähnung einer formula (edicti) überhaupt beweist wohl schlechthin, daß es damals nur Eine gab; und daß der Prätor urbanus, als er sein Edict über das damnum inf. aufstellte, die stipulatio d. i. auch sogleich mit der Verpflichtung promittisne abgefaßt habe, läßt sich daraus schließen, daß er deren Auflegung den Municipalmagistraten delegierte, die ja auch Peregrinen zu verpflichten haben konnten.

[28]) Denen lege agere nicht gestattet war. Denn daß ihnen ohne besonderes Privilegium nicht einmal eine freiwillige legis actio zugestanden habe, wird nicht blos aus Paul. S. R. II, 25. §. 4. L. 4. C. de vind. lib. (7, 1.) L. 1. 6. C. de emanc. (8, 49.) mit Recht geschlossen; es folgt auch aus der localen Beschränkung der legitima iudicia auf Rom und eine Meile im Umkreise.

hätte, ihnen doch die missio nichts genützt haben würde, da sie an Römischen Grundstücken selbst als Latiner mit dem ius commercii wohl durch Mancipation Latinisches, nicht aber auch durch Usucapion Römisch-civiles Eigenthum (denn adversus hostem aeterna auctoritas esto) und selbst auch wohl durch die missio nicht das in bonis esse erwerben konnten, welches doch auch ein Römisches nur prätorisches Eigenthum war [29]). Man kann daher auch sagen, der Prätor peregrinus habe das andere Gesetz der zwölf Tafeln, über den von einem locus publicus her drohenden Schaden einer Privatanlage, zur Richtschnur seines Edicts genommen, weil die juristische Unmöglichkeit, das Eigenthum an einem locus publicus noxae causa zu erwerben, für die Peregrinen auch hinsichtlich jedes Römischen Privatgrundstücks eintrat. Ebendeshalb wird auch in diesem Edict und in unserer Lex zwischen einem öffentlichen und Privatgrundstück, von dem der Schaden droht, nicht unterschieden. Den Peregrinen war also ein volles Genüge geschehen, wenn ihnen nur Schadensersatz verschafft wurde, was in der erwähnten Weise geschah. Will man dieses Verfahren dem ius gentium, in einem Sinn, in welchem dies bisweilen aufgefaßt wird, zuschreiben, so mag dies immerhin geschehen [30]); nur behaupte man nicht, p. 15. daß es später mehr als das andere in den Municipien verbreitet gewesen sei. Vielmehr ist nicht zu bezweifeln, daß, nachdem unter der Herrschaft der Kaiser alle Municipien einander ähnlicher gemacht und auf den gegenwärtigen Stand des Römischen Staates gebracht worden waren, auch in Gallia cisalpina das Edict des Prätor urbanus über damnum infectum an die Stelle des peregrinischen getreten ist, wie dieses denn auch im Justinianischen Recht gar keine Berücksichtigung gefunden hat und gewiß schon lange vorher eine Antiquität geworden war. So viel von der ersten Differenz zwischen unserer Lex und dem Edict des Prätors in den Digesten. Wir gehen zu einer zweiten über.

Diese besteht darin, daß (ich bediene mich der Worte Ulpians lib. I. ad edictum), cum res damni infecti celeritatem desideraret et periculosa dilatio Praetori videretur, si ex hac causa sibi iuris-

---

29) Vom ius commercii, welches nur das emendi vendendique invicem ius war (Ulp. 19, 5.) macht man sich oft die ganz unbegründete Vorstellung, daß darin die Mittheilung des Römischen Sachenrechts gelegen habe. Nach Analogie des ius connubii konnte es nur die Bedeutung haben, daß die Römer mit den Mitgliedern des Volks, mit dem das ius commercii bestand, die Gemeinschaft des civilen Kaufs (um civilrechtliches Geld) hatten, d. h. daß ein Römer durch Mancipation von ihnen, sie durch das bei ihnen der Mancipation entsprechende civile Kaufgeschäft von einem Römer eben so Eigenthum erwerben konnten, als wenn das Geschäft mit einem Mitgliede ihres Volks vorgenommen worden wäre. Insbesondere lag darin denn auch die Fähigkeit zum Erwerbe eines Grundstücks im Territorium des anderen Volks durch ein solches Geschäft, wovon auch nach Römischem Recht im Verhältniß zu Fremden noch andere Grundsätze galten, als von beweglichen res mancipi. Die Begründung und genauere Darlegung unserer Ansicht würde jedoch hier zu weit führen.

30) Daß es nicht an sich das angemessenere Recht sei, bemerkt Puchta a. a. O. S. 214. mit Recht.

dictionem reservaret: Magistratibus municipalibus hoc delegandum recte putavit [31]), so jedoch, daß er nur zweierlei, die cautio und possessio aus dem ersten Decret ihnen übertrug, das Uebrige aber, was eine causae cognitio erforderte, z. B. die missio aus dem zweiten Decrete und das iudicium in factum sich vorbehielt [32]). Unsere Lex aber gestattet den Municipal-Magistraten das, was sie wegen des damnum infectum bestimmt, so zu besorgen, daß sie nicht Stellvertreter des Prätors sind, sondern kraft eigner Gewalt, aber freilich ganz an das Gesetz gebunden handeln. Der Grund dieser Verschiedenheit erhellt nun aus dem, was wir über die Geschichte dieser Edicte gesagt haben, schon von selbst. Denn wenn hinsichtlich des damnum infectum damals blos der Prätor peregrinus in seinem Edicte etwas bestimmt hatte, so konnte die Jurisdiction darüber von dem Magistrate des Römischen Volkes den Municipal-Magistraten gar nicht übertragen werden; nicht von dem Prätor peregrinus, weil Italische Municipien Römischer Bürger an sich nicht unter seine Jurisdiction gehörten; nicht von dem Prätor urbanus, weil er in seinem Edict nichts angeordnet hatte, was er hätte übertragen können. Deshalb blieb, wenn man nicht in so eiligen Sachen die Municipes von den Alpen bis nach Rom schicken wollte, nichts übrig, als durch dieses Municipal-Gesetz den Magistraten derselben die Jurisdiction über das damnum inf. zu ertheilen. Wenn aber später der Prätor urbanus nach Aufstellung seines Edicts über das damnum infectum den Municipal-Magistraten einen Theil seiner Gerichtsbarkeit übertrug, so folgte er darin ohne Zweifel dem Fingerzeige, den ihm unser Gesetz gab.

---

[31]) So, glaube ich, ist L. 1. D. h. t. zu lesen. Der Florent. Codex hat desiderat — videtur (jedoch noch mit einem Häkchen zur Bezeichnung der Sylbe re in beiden Wörtern) reservaret, und nach gewohnter Buchstabenvertauschung putabit (statt putavit, vgl. L. 4. §. 3. eod.). In anderen Handschriften oder Ausgaben steht: desideret, videatur, reservet oder reservare ohne si etc. Dies Alles sind bloße Klügeleien. Für die Bedeutung findet, je nachdem man cum — desiderat, videtur — putabit liest, oder so, wie wir die Stelle oben gegeben haben, der Unterschied statt, daß im erstern Falle gesagt wird, daß der Prätor seine Gerichtsbarkeit nur dann, wenn die Sache Beschleunigung erfordere, delegieren werde, und das nicht aus seinem Edict, sondern nach dem Rath des Juristen; nach unserer Lesart aber wird gesagt, daß der Prätor (den der Jurist deswegen wie gewöhnlich lobt), weil Sachen dieser Art Beschleunigung erforderten, ein für alle Mal in seinem Edict selbst und in allen Fällen den Municipal-Magistraten die Gerichtsbarkeit darüber delegiert habe. Beide Meinungen (denn um die Lesart hat man sich nicht sonderlich gekümmert) haben ihre Vertheidiger gefunden, z. B. in neuerer Zeit die erstere Dirksen l. c. p. 35., die letztere Hugo. Gött. gel. Anz. 1812. S. 1693. 94. Die richtige hatte indeß schon Antonius Quintanaduegna (de iurisdict. et imperio. lib. I. tit. VII. §. 17. in Meermann's Thesaurus Tom. II. p. 239.) gegen Ludovicus Charondas überzeugend ausgeführt.

[32]) L. 4. §. 3. 4. D. h. t. Gegen den Magistrat, welcher etwas von dem, was ihm oblag, nicht besorgt hatte, gab er sogar eine Klage auf das Interesse L. 4. §. 7—10. eod., welche jetzt, ich weiß nicht, durch welches Geschick, mehrentheils unbekannt ist.

So viel über das Recht, auf das sich die oben angeführte Formel bezieht. Was dabei noch übergangen scheinen möchte, wird besser bei Erklärung der Formel selbst nachgetragen werden, zu welchem Theile unserer Abhandlung wir jetzt übergehen.

II.

Zuerst fragt es sich, ob diese Klage der Lex Rubria, abgesehen von den übrigen Verschiedenheiten der beiden Edicte, ganz die nämliche sei, wie die, welche der Prätor urbanus wegen verweigerter Caution aufgestellt hat — was Dirksen meint [33] — oder ob ein Unterschied zwischen beiden stattfinde. Die Edictsstelle über die letztere lautet: In eum, qui p. 17. neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit, iudicium dabo: ut tantum praestet, quantum praestare eum oporteret, si de ea re ex decreto meo eiusve, cuius de ea re iurisdictio fuit, quae mea est, cautum fuisset [34].

Aus diesen Worten selbst erhellt, daß die hier versprochene Klage hinsichtlich ihres Gegenstandes mit der unserigen völlig übereinstimmt; denn quantum eum, quicum agitur, praestare oporteret, si cautum fuisset, ist dem Sinne nach in nichts verschieden von dem, was in unserer Formel steht: si repromisisset, quicquid eum ex ea stipulatione dare facere oporteret. Aber in dem, was gefordert wird, damit eine damnatio folgen könne, liegt ein großer Unterschied. Der Prätor urbanus nämlich sagt: qui neque caverit, neque in possessione esse, neque possidere passus erit; in unserer Formel heißt es: si ex decreto... damni infecti repromittere noluit. Daher kann man fragen, ob die erstere Klage auch dann, wenn blos keine Caution gestellt ist, stattgefunden habe, so daß sie in diesem Falle mit der unserigen ganz übereingestimmt haben würde? Dies glaube ich nicht; denn es ist ein großer Unterschied, ob im Edicte steht: qui neque caverit, neque in possessione esse etc. passus erit, oder: qui aut non caverit, aut in possessione esse etc. passus non erit. Die erste Fassung schließt den Kläger aus, wenn er nicht Beides bewiesen hat, daß der Gegner nicht Caution gestellt, und daß er das in possessione esse sich nicht habe gefallen lassen; bei der andern genügt der Beweis Eines von Beiden [35]. Und der Meinung waren auch die Römischen Juristen, indem sie die Klage nur dem geben, den der Gegner die missio nicht hat ausführen lassen [36], das heißt aber zugleich: dem nicht p. 18. Caution gestellt worden ist, weil für Niemand, außer wenn nicht Caution gestellt worden ist, die missio in possessionem ausgesprochen wird. Hiernach scheint aber die Klage auch das Zusammentreffen aller

---

[33] l. c. p. 25.

[34] L. 7. pr. D. h. t. Vgl. L. 4. §. 2. D. ne vis fiat ei (43, 4.).

[35] Vgl. L. 13. §. ult. D. de reb. dub. (34, 5.) L. 129. D. de verb. oblig. (45, 1.).

[36] L. 4. §. 2. L. 15. §. 36. L. 16. L. 17. pr. L. 18. §. 13. D. h. t. L. 4. §. 2. D. ne vis fiat ei qui in poss. (43, 4.).

dreier Puncte zu erfordern, d. h. daß der Gegner auch noch den durch das zweite Decret in den Besitz Gewiesenen nicht zugelassen oder vertrieben habe. Das ist jedoch die Meinung des Prätors nicht. Er will offenbar die Klage wegen erlittenen Schadens dann geben, wenn der Kläger sich wegen Abwendung desselben gehörig, aber vergeblich bemüht hat, was durch die zwei Dinge: Forderung der Caution und Versuch sie durch Immission zu ernöthigen, geschieht. Die Immission aus dem zweiten Decret gehört nicht mehr zu dem, was der Bedrohte, um allem Vorwurf unterlassener eigener Vorsicht zu entgehen, fordern muß; wenn sie aber auch gefordert ist, so darf sie natürlich nicht weniger geschützt sein als die erste [37]). Wie aber, wenn vor der Cautionsleistung der Schaden geschehen ist, und doch der, welcher sie verlangt hatte, nicht behaupten kann, daß er zur possessio nicht zugelassen worden sei? Hier ist die Billigkeit auf verschiedene Weise zu Hülfe gekommen. Wenn er zu der Zeit, in welcher er die Immission verlangte, den Prätor nicht hatte angehen können, so gab Letzterer, wie Paulus berichtet [38]), dem zu Schaden Gekommenen eine eigne Klage, die offenbar auch erst nach unserer Lex aufgekommen ist, da in dieser der Fall, daß man wegen Unzugänglichkeit des städtischen Magistrats die gewünschte Caution nicht begehren konnte, nicht vorgesehen wird. Außerdem war im Edicte nichts vorgeschrieben. Daher fragt Ulpian [39]), ob der Schaden, wenn er, während der Prätor über die zu ertheilende Stipulation deliberiert, sich ereignet habe, ersetzt werden könne? Und er sagt: die missio falle nun zwar weg, der Prätor müsse aber auch wegen des schon geschehenen Schadens cavieren lassen: aut si putat, fügt er hinzu, quod utiliter actionem daturus sit, decernat: welche Worte corrumpiert scheinen [40]), nach Absicht dessen aber, der sie so gefaßt hat, wohl sagen sollen: der Prätor könne, wenn er meine, für den Fall, daß diese Caution nicht geleistet würde, mit Ertheilung einer utilis actio drohen — eine schwer zu rechtfertigende Ansicht. Wenn der Schaden nach der ersten missio, aber bevor der Bedrohte wirklich in den Besitz des Hauses gekommen war, sich ereignet hat, so glaubte Africanus, sei Alles eben so zu halten, als wenn der Schaden nach erlangtem Besitz geschehen wäre [41]), d. h., wenn der Bedrohte nur nicht aus Nachlässigkeit, sondern aus irgend einer andern Ursache noch nicht in den Besitz gelangt war, so kann er ihn nun doch noch erlangen und braucht nicht eher daraus zu weichen, als bis ihm wegen des Schadens caviert ist; wird aber die Caution verweigert, so kann er auch die zweite Mission begehren; auch hat er, wenn sein in pos-

---

37) L. 18. §. 15. D. h. t.

38) L. 4. §. 3. D. ne vis fiat ei qui in poss. (43, 4.).

39) L. 15. §. 28. D. h. t.

40) Vielleicht aus: aut si recusatur, quod utilitatis ratio ei suasura sit, decernat. Der Fall war nach objectiven Regeln schwer zu entscheiden, weil den Prätor selbst die Schuld der Verzögerung zu treffen schien.

41) L. 44. pr. D. h. t.

sessione esse oder possidere vom Gegner nicht geduldet wird, die gewöhnliche actio in factum, von der wir oben gesprochen haben. p. 19. So meinte wenigstens Labeo nach Ulpian, der dieselbe Ansicht billigt [42]). Im Falle des Untergangs des Hauses durch den Einsturz würde hier ein utile iudicium gegeben werden müssen. Wenn aber nach vergeblich geforderter Caution, bevor ich deshalb den Prätor angegangen habe, das Haus eingestürzt ist und Schaden angerichtet hat, so darf der Prätor kein besonderes Rechtsmittel ertheilen, weil ich wegen Verspätung der Klage meinen Schaden selbst verschuldet habe, wenn mich nicht etwa ein Hinderniß entschuldigt. Denn dann muß der Andere wieder entweder den Schaden ersetzen oder sein Haus missen [43]), was aber nicht weiter hieher gehört.

Aus dem Gesagten geht nun hervor, daß das vom Prätor urbanus gegebene iudicium in factum, wenn es auch dieselbe Wirkung wie das unsrige hatte, dennoch nie auf dieselbe Weise concipiert war, auch nicht in dem sonst ähnlichsten Falle, wenn der Schaden geschehen war, bevor der Bedrohte in den Besitz gelangte. Denn auch da hieß es in jenem: wenn keine Caution gestellt und, nachdem der Prätor die missio verfügt, der Schaden geschehen ist; in unserer Formel nur: wenn er nach Verweigerung der befohlenen Caution geschehen ist [44]). Uebrigens sind beide Klagen in factum [45]). Denn die unsrige ging hervor aus dem Verweigern der Caution, jene aus der Nichtachtung der missio. Auch darf es nicht befremden, daß eine magistratualische in factum actio aus einem Gesetze herrührt. Seitdem nämlich die Fortbildung des Civilrechts und besonders des Klagerechts auf den Prätor übergegangen war, bequemte sich dieser Richtung allmählich auch das Civilrecht an und es wurden seitdem durch die Gesetze selbst nicht nur Rechte gegeben, wie ehemals, sondern auch den Magistraten befohlen, auf diese oder jene Weise Recht zu sprechen, Klagen, Exceptionen, Interdicte zu geben oder zu verweigern. Noch viel häufiger geschah dieß in der Folge durch die Constitutionen der Kaiser, die Senatusconsulte und was sonst Gesetzeskraft hatte, so daß zuletzt das ganze Civilrecht formell nur noch dem prätorischen Rechte zu dienen schien. Doch dieses zu verfolgen, würde hier zu weit führen.

Wir kehren zu der in factum actio zurück. Da diese nur die Stelle der nicht gemachten Caution vertreten, nicht den Dolus des Gegners bestrafen soll, so wird sie jederzeit und auch dem Erben und p. 20. gegen den Erben [46]) gegeben, wodurch sie sich von dem Interdict ne

[42]) L. 15. §. 31. 32. 34. 35. D. h. t.

[43]) Vgl. L. 44. pr. L. 7. in fin. L. 8. L. 9. pr. §. 1. 2. D. h. t.

[44]) Heffter täuscht sich also, wenn er Obs. XV. ad Gai. L. IV. p. 80. mit Weglassung jenes si repromittere.....noluit, und ohne etwas Anderes an die Stelle zu setzen, aus der Formel, welche die Lex Rubria vorschreibt, die Formel der im edictum urbanum versprochenen in factum actio hergestellt zu haben glaubt.

[45]) L. 4. §. 2. L. 15. §. 36. L. 17. §. 3. L. 18. §. 13. 15. D. h. t. Vgl. L. 4. §. 4. D. ne vis fiat ei qui in poss. (43, 4).

[46]) L. 17. §. 3. D. h. t.

vis fiat ei, qui in possessionem missus est, und der dazu gehörigen actio in factum, welche wegen dolus gegeben wird, unterscheidet. Insofern ist sie jedoch diesen Klagen ähnlich, als sehr Viele geglaubt haben, daß, wenn ein in eines Andern Gewalt Stehender den missus nicht zugelassen habe, deswegen eine Noxal-Klage zustehe [47]). Von unserer Formel kann man dieß schwerlich behaupten; denn das Auflehnen gegen die missio, was die andere Klage ahndet, ist zwar eine Handlung, die einem Delict gleichgestellt werden kann; bloße Verweigerung der Caution aber mehr nur eine Nichterfüllung einer Pflicht, von der bei einer persona alieni iuris nicht die Rede sein kann. Aber obwohl diese Klagen in factum concipiert werden, sind sie doch nicht auch arbitrariae, da sie nur Schadensersatz, nicht auch eine Wiederherstellung bezwecken. Damit aber Schadensersatz geleistet werden könne, muß auch Schaden zugefügt sein. Deshalb sagt Ulpian, diese Klage sei auf die Zeit zu erstrecken, in welcher der Schaden zugefügt sei [48]), d. h. erst wenn der Schaden geschehen sei, sei sie nützlich, so daß bis zu dieser Zeit die Handlung dessen, welcher weder versprochen, noch der missio sich gefügt hat, oder in unserer Formel, welcher nicht hat repromittieren wollen, ungestraft bleibt [49]). Doch genug über unsere Formel im Allgemeinen. Wir gehen jetzt zu deren Einzelheiten über.

IUDEX ESTO.] Dirksen: Iudex fiat, weil, wie man damals meinte, auf der Tafel I. F. stehe. Seitdem durch Ritschl's Ausgabe das I. E. der Tafel in beiden Formeln außer Zweifel gesetzt ist, bemerken wir nur über den Sprachgebrauch, daß die Prätoren nie anders geredet haben. Dieser Ausdruck erscheint namentlich in allen Formeln bei Gaius [50]) und bei Cicero [51]) entweder ausgeschrieben oder p. 21. abgekürzt, und blos die Abkürzung I. E. mit der Erklärung iudex esto kommt auch bei Probus, Petrus und Papias vor. Auch würde wenigstens in legitima iudicia, wenn der Prätor mit den Worten iudicem facio oder iudex fiat den Richter gegeben hätte, die datio und das iudicium ungültig gewesen sein. Denn da es hier nicht blos auf Ernennung einer Person ankam, welche wie z. B. ein Legat blos etwas Factisches besorgen sollte [52]), sondern durch den Ausspruch des Richters die Staatsmacht selbst das Rechtsverhältniß der Parteien rechtgültig feststellen wollte, so mußte auch der Prätor als Inhaber des Imperium in civilrechtlicher Weise, d. h. mit Lateinischen und imperativen Worten ihn selbst einsetzen und instruieren. Ebenso mußte man bei der Einsetzung von Erben sagen und schreiben: heres esto, heres sit, oder, was nachher auch recipiert worden ist, heredem esse iubeo: wogegen eine

---

47) L. 17. pr. D. h. t.

48) L. 15. §. 36. D. h. t.

49) L. 16. D. h. t. Denjenigen, welche an den Schlußworten dieser Stelle Anstoß nehmen, hat Cujacius vollkommen Genüge geleistet im Commentar zu Paulus lib. 48. ad Edictum (ed. Mutin. Tom. V. p. 630. 31).

50) 4, 34. 36. 37. 47. 136. Vgl. auch 4, 46. Recuperatores sunto.

51) In Verr. 2, [illegible] L. Octavius iudex esto.

52) Davon kommt facio als solennes Wort vor. Liv. 1, 24. Vgl. 7, 5.

Einsetzung mit heredem instituo, heredem facio bis zur Constantinischen Zeit hin ungültig war [53]).

ANTEQVAM ID IVDICIVM...FACTVM EST]. Iudicium factum ist ziemlich dasselbe, wie iudicium constitutum, nur daß der Ausdruck wegen seiner Unbestimmtheit mehr umfaßt, nämlich alle Handlungen von Anfang des Processes an. Die Ausdrucksweise ist nicht selten sowohl in Gesetzen [54]), als in Schriftstellern [55]). Die Worte antequam id iudicium factum est etc. sollen übrigens das Erforderniß ausdrücken, daß der Kläger schon zur Zeit des noch nicht geschehenen Schadens um die Caution nachgesucht habe. p. 22.

ID IVDICIVM, QVA DE RE AGITVR] d. h. id iudicium ea de re, qua de re agitur. Bekannt ist Cicero's Witzelei über diese den Formeln von den fürsichtigen Juristen so vielmal beigefügten Worte [56]): Etenim quae de scripto aguntur, scripta sunt omnia: neque tamen quicquam tam anguste scriptum est, quo ego non possim QVA DE RE AGITVR addere. Der Redner wird damals den Zweck der Erheiterung seiner Zuhörer nicht verfehlt haben. Im Ernst aber wird kein Sachverständiger die Vorsicht der Juristen, die sich auch in dieser Cautel erwies, tadeln [57]). Denn wenn beispielsweise hier jene Worte nicht hinzugefügt wären, so könnte der Zweifel entstehen, ob, wenn zu der Zeit, wo die Klage gegeben wurde, außer dem Schaden, dessen wegen processiert wurde, auch noch ein anderer, dem Kläger noch unbekannter, eingetreten wäre, die exceptio rei iudicatae den, der in einem neuen iudicium nachher deshalb klagen will, zurückweisen würde oder nicht. Bisweilen hat der Zusatz allerdings nur den Zweck größerer Bestimmtheit, wie gleich nachher EO NOMINE, QVA DE RE AGITVR, wo (Col. I. v. 24.), was ich gelegentlich erwähne, Petrus de

---

[53]) Gai. 2, 117. Ulp. tit. 21. L. 15. C. de testam. (6, 23.).

[54]) S. g. Lex Servil. c. 3. 21. Kl. L. 7. pr. D. ad Leg. Iul. repetund. (48, 11.) L. 25. §. 1. D. de S. C. Silan. (29, 5.).

[55]) Cic. pro Quint. 2.

[56]) Pro Muren. 13. Vgl. dazu Hugo Rechtsgeschichte 11. Ausg. S. 457. Doch bemerke ich, daß die den ganzen Scherz Ciceros einleitende Periode so gelesen werden muß: Difficilis autem res ideone (statt ideo non) putatur, quod et perpaucis et minime obscuris literis continetur? (statt des Punkts der Ausgaben). Darauf antwortet Cicero: „Nun so mache ich mich anheischig, innerhalb drei Tagen ein Jurist zu werden." Der Sinn des Scherzes ist dann: Die Klagformeln sind ja alle im Edict geschrieben, woraus man sie entnehmen kann; wenn aber darin nichts so eng zusammengeschrieben ist, wovon es sich bei euch Juristen nicht fragte, ob nicht noch ein qua de re agitur einzuschieben sei, und hierin eure Kunst bei diesem Theil der juristischen Praxis besteht, nun so kann ich diese Kunst auch.

[57]) Ueberhaupt mögen diejenigen, welche stets bereit sind, solche Wortformeln als müßige Spitzfindigkeiten mit vorschnellem Urtheil zu verdammen, folgende sehr wahre Worte Trefell's (ad Brisson. op. min. p. 18. not. a.) sich gesagt sein lassen: Non semper supervacaneum est, quod nobis primo intuitu ita videtur: plerumque enim si exacte examinaveris vocabula veterum solemnia, ea non inania esse deprehendes, sed consultissimam habere rationem. Vgl. auch Keller Semestr. II. p. 297. 483.

Rama Q. D. K. A ediert hat und dies Qua De Kausa Agitur erklärt, ohne zu bedenken, daß jenes K nichts Anderes als das vom Alter verwischte R ist. (Doch scheint es nach Ritschl's Facsimile schon ein Fehler des Graveurs.) Ebenso bei Gaius [58]): QVOD AVLVS AGERIVS APVT NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSVIT, QVA DE RE AGITVR QVIDQVID OB EAM REM etc. Hier faßt nämlich das Q. D. R. A. die ganze demonstratio zusammen und will davor bewahren, OB EAM REM nicht etwa auf argentea mensa zu beziehen. Uebrigens zeigt diese Stelle, mit welcher Genauigkeit Gaius bei Mittheilung seiner Formelbeispiele verfahren ist, indem er selbst solche geringfügige Zusätze oder Ausschmückungen der Formeln nicht übergangen hat. Ob die Römischen Juristen diesen Zusatz mit dem eigenthümlichen Namen designatio ausgezeichnet haben, was Zimmern [59]) vermuthet, kann bezweifelt werden. Mir scheint die Bedeutung dieses Wortes eine weitere gewesen zu sein und Alles umfaßt zu haben, wodurch das, worauf sich das iudicium bezog, genauer bestimmt wurde; deshalb werden zwar auch jene Worte um zu designieren hinzugefügt, aber nicht sie allein. Eben dahin gehört in actiones in rem das quo de agitur [60]) und was sonst etwa hinzugefügt wird, um die Sache, über welche processiert wird, von ähnlichen zu unterscheiden, z. B. Gränzbestimmungen bei Grundstücken [61]). Daß in den formulae in factum eine designatio in der Erzählung der Thatsachen selbst mit liegt, hat schon Zimmern aus Gaius erwiesen.

EAM STIPVLATIONEM... L. SEIO REPROMISISSET]. In der andern Formel steht EA STIPVLATIONE... L. SEIO SATISDEDISSET. In beiden wird die Stipulation vorausgeschickt, wie in den Stipulations-Urkunden: Stipulatus est ille, spopondit ille [62]), weil die promissio allein ohne stipulatio ungültig ist. Die Verbindung stipulationem repromittere erinnere ich mich aber nicht anderwärts gefunden zu haben. Gemeiniglich sagt man: stipulanti, ad stipulationem promittere oder repromittere, wie ad interrogationem respondere. Doch ist nicht zu ändern; stipulatio heißt nicht selten auch das, was man stipuliert, oder die durch Stipulation entstehende Verbindlichkeit des Andern [63]), und so steht das Wort auch hier. Bedenklicher scheint, was wir im Anfange von c. 20. lesen: Qua de re quisque et a quo... damni infecti ex formula restipulari satisve

---

58) 4, 47.

59) Gesch. des Röm. Privatr. Bd. 3. §. 53. S. 153. Vgl. jetzt auch Rudorff zu Puchta's Institut. Bd. 2. §. 165. Anm. 77. Keller Civilproc. §. 39. S. 166.

60) Cic. in Verr. 2, 12.

61) L. 6. D. de R. V. (6, 1.).

62) Brisson de formul. Lib. VI. num. 159.

63) L. 27. §. 2. D. de pact. (2, 14.) L. 53. D. de acq. rer. dom. (41, 1.) L. 15. §. 3. D. de castr. pec. (49, 17.). Eben so bedeutet auch litis contestatio die dadurch entstandene Proceßobligation selbst. Gai. 3, 180.

accipere volet, da in beiden Formeln stipulationem, stipulatione steht und dies Wort allein auch sonst überall hiervon gebraucht wird. Wenn es wahr wäre, was Viele meinen, daß die Alten die Worte stipulari und restipulari eben so promiscue gebraucht haben, wie promittere und repromittere [64]), so würde unser Bedenken freilich thöricht sein. Aber diese Ansicht ist unbegründet. Restipulari heißt, wie Cujacius [65]) anderswo richtig bemerkt, dagegen stipulieren und wird von dem gesagt, der selbst vorher dem, von dem er jetzt stipuliert, promittiert hatte. In diesem Sinne werden so oft sponsio und restipulatio entgegengesetzt [66]), in demselben Sinn hat auch Alfenus diese Worte gebraucht: damni infecti vicino repromisit adeoque restipu- p. 24. latus est [67]); denn dort hatte jeder vom andern wegen der gemeinschaftlichen Mauer stipuliert; und eben so Apuleius [68]): An ut eam dotem filiis suis magis (sc. uxor mea Pudentilla) restipularetur, quam penes me sineret? Denn auch diese restipulatio der Zurückgabe der dos nach Auflösung der Ehe war gegen die verborum obligatio eingelegt, mit welcher die Frau dem Apuleius die dos promittiert oder diciert hatte [69]). Ob das Wort noch sonst vorkommt, weiß ich nicht, bezweifle es aber. Man wende übrigens nicht ein: wenn repromittere und promittere ohne Unterschied gebraucht werden, warum nicht auch restipulatio und stipulatio? Denn beides ist ganz unähnlich. Repromittere sagen wir für das bloße Versprechen, weil dem Versprechen die Frage, auf die es antwortet, voranging. Eben so mit respondere, referre und vielen andern ähnlichen Wörtern, weil sie sich nach ihrer natürlichen Bedeutung auch auf etwas Vorausgegangenes beziehen, was sie erwidern. Von dem Act des Stipulierens kann dieses aber nicht gesagt werden. Deshalb leugne ich auch ganz und gar, daß expensum referre für expensum ferre (was wesentlich derselbe Streit ist) jemals eben so wie acceptum referre gebraucht worden sei. Wie nun aber mit dem

---

64) So Cujacius Comm. ad Tit. D. de pact. L. si unus 27. Tom. II. p. 122. G. ed. Frcf. 1623. Hugo Rechts-Geschichte. 11. Ausgabe. p. 620. Zeile 28. vgl. p. 698. Z. 5.

65) Ad L. 43. §. 1. D. de damn. infect. Opp. T. X. p. 476. A. edit. Mutin.

66) Cic. pro Rosc. Com. 13. Valer. Max. II, 8. §. 2., Gai. 4, 13. 1[illegible] — 168. 180. 181. Eben dahin gehört auch die Stelle des Varro de L. L. V. c. 36. p. 181. ed. Speng.: et qui pecuniam alligat, Stipulari et Restipulari (sc. eum dicunt). Denn wenn um Geld gewettet wird, so stipuliert der Eine, der Andere restipuliert. Gewöhnlich wird nach Brissonius de V. S. Vorgange restipulari ganz falsch mit pecuniam restituendam stipulari erklärt. Die richtige Erklärung gibt Dirksens Manuale s. v.

67) L. 43. §. 1. D. de damn. inf. (39, 2.) nach der Flor.

68) Apolog. II. p. 338. (segm. 562. Tom. II. p. 600. Oudendorp.).

69) Was aus segm. 545. hervorgeht. Iam primum mulieris locupletissimae modicam dotem, neque eam datam sed promissam. Eben so segm. 562. Uti dotem mihi modicam potius quam amplam diceret? Gemeiniglich nimmt man auch hier restipulari für restitutionem dotis stipulari. So Brissonius l. c. und Oudendorp im Index.

restipulari in unserer Stelle? Ich möchte es weder für einen Fehler des Graveurs, noch für einen Solöcismus des Legislator halten, sondern annehmen, daß er deswegen restipulari gesagt habe, weil er die satisdatio von der bloßen repromissio, welche beide nach vorangegangener Stipulation geschehen, unterscheiden wollte. Da es nämlich gebräuchlich ist, auf der Seite des Versprechenden die promissio, zu der keine Bürgen hinzutreten, mit dem Namen repromissio von der satisdatio zu unterscheiden [70]), so hat er an einer Stelle, wo beide auf Seiten des Stipulator unterschieden werden sollten, eben dasselbe auf den Stipulator übertragen, vielleicht schon nach dem Vorbild und Beispiel Anderer. In der Formel aber, wo jener Zweck der Unterscheidung wegfiel und repromittere folgte, war es nicht nöthig, von der allgemeinen Gewohnheit abzuweichen. Wenn ich also in etwas der gewöhnlichen Ansicht nachgebe, so ist es das, daß restipulari auch nach Analogie der bloßen repromissio als Gegensatz der satisacceptio gebraucht worden sei.

QVINTVS LICINIVS...LVCIO SEIO]. Daß die fingierten Namen Aulus Agerius und Numerius Negidius, deren Gaius sich in den Klageformeln beständig bedient, zur Zeit des Legislator noch nicht in Gebrauch gewesen, kann zwar aus dieser Stelle mit Sicherheit nicht geschlossen werden, obgleich auch Cicero sich anderer Namen bedient hat [71]); doch kann man noch viel weniger daraus, daß A. A. und N. N. in der Aquiliana stipulatio vorkommen, auf ein höheres Alter derselben schließen; denn hier konnten sie eben so gut wie in den Klagformeln erst in späterer Zeit den von Aquilius selbst gewählten Namen substituiert werden und jedenfalls sind sie, wie ihr appellativer Sinn ergibt, zuerst zur Bezeichnung des Klägers und Beklagten erfunden worden. Sehr wahrscheinlich gehören sie also doch einer spätern Zeit an und haben sich vermuthlich zuerst durch den Unterricht festgesetzt, wo sie sich als Siglen schon dem Auge und durch ihre Bedeutung auch dem Verstande vorzüglich empfahlen. — Wichtiger ist die Frage, welche Rolle, wenn wir auf das Rechtsverhältniß sehen, dem Q. Licinius und dem L. Seius zukommt? In Betreff des Q. Licinius ist

---

[70]) Der Grund dieses Sprachgebrauchs ist, wie ich glaube, folgender: Wer dem, der zur Sicherung seiner Forderung stipuliert, neben seiner Verpflichtung auch Bürgen stellt, gibt ihm etwas Neues, die Forderungen gegen diese Personen, und damit eine volle genügende Sicherheit, wogegen seine eigene Promission als bedeutungslos verschwindet. Wer aber ohne Bürgen promittiert, gibt nichts Reelles (denn zu fordern hatte der Stipulator von ihm schon vorher, wenn auch vielleicht nur erst materiell), sondern erwidert nur mit streng verpflichtenden Worten, wie er mit Worten gefragt war — re-promittit.

[71]) In Verr. 2, 12., wo er dem P. Servilius und Q. Catulus, und pro Tull. 29., wo er sich selbst und dem M. Claudius die Rollen des Klägers und Beklagten zutheilt. Ueber Gai. 4, 37. vgl. meine Studien des Röm. Rechts Bd. 1. S. 312. Daß dem Seius, wo er als Beispiel vorkommt, von den Juristen das Pränomen Gaius, nicht Lucius, gegeben werde, wie hier geschieht, habe ich ebendaselbst S. 310. bemerkt.

dies leicht zu beantworten. Er ist derjenige, welcher cautio damni infecti für sich verlangte, d. h. dem daran lag, daß aus dem Einsturz ihm kein Schaden erwachse. Aber von wem konnte er Repromission oder Satisdation verlangen? Dies brauchte der Prätor urbanus nicht zu bestimmen; denn wenn von dem Eigenthümer nicht repromittiert oder alieno nomine nicht Bürgschaft geleistet war, so verfügte er die missio und possessio, wodurch Alle, welche ein Recht an dieser Sache hatten, betroffen wurden. Wie wird aber der Prätor peregrinus ediciert haben, der auf diese Weise sein Decret nicht exsequieren konnte? Ich habe früher angenommen, daß er ein edictum in personam scriptum aufgestellt, d. h. die an dem Grundstück Berechtigten, welche cautionspflichtig sein sollten, einzeln genannt habe. Doch scheint es mir jetzt richtiger, daß er sich auch nur des Ausdrucks des städtischen Edicts suo nomine repromitti, alieno satisdari iubebo bedient habe, eben weil dieser einfach und jedes Recht je älter desto einfacher ist. Was aber suo nomine heiße, fiel der Interpretation des Prätors anheim, der z. B. einem Miether des Schaden drohenden Hauses die Caution nicht auflegte. Man darf aber auch nicht glauben, daß der Anfang unsers Capitels unvorsichtig abgefaßt sei, als ob man danach jeden, den man wollte, hätte vor Gericht ziehen und mit der cautio damni infecti behelligen können. Denn abgesehen von dem zu leistenden Gefährdeeide, unterwarf das zu Anfang gesetzte ex formula (sc. edicti Praetoris peregrini) den Antragenden den Bedingungen des Edicts, so daß formula hier in dem Sinne einer gegebenen Vorschrift, wie formula census u. s. w. steht. Demnach hatte der Municipalmagistrat dieselben Rücksichten zu nehmen wie der Prätor selbst.

TVM QVIDQVID]. Das Wort tum ist in den fictitiae actiones nach der Fiction üblich, wie die Beispiele bei Gaius zeigen [72]. Dasselbe ist auch nach dem Vorgange der älteren Herausgeber an folgender Stelle des Cicero [73] wieder einzuführen, welche jetzt so gelesen wird: Iudicia eiusmodi: *qui cives Romani erant, si Siculi essent, cum Siculos eorum legibus dari oporteret; qui Siculi, si cives Romani essent.* Man erklärte dieses mit Donatus so [74], daß unter qui, was sich auf iudicia beziehe, iudices zu verstehen seien, und zu si Siculi essent hinzugedacht werden müsse: ii, unde peterentur u. s. w. Ciceros Gedanke sei aber der gewesen: Verres hätte die Gerichte dadurch in Unordnung gebracht, daß, wo er Sicilische Richter hätte geben müssen, er Römische Bürger gegeben habe und umgekehrt. Aber Jedermann fühlt, daß Cicero diesen Gedanken unmöglich so ausdrücken konnte. Man muß lesen: *qui cives Romani erant, si Siculi essent, tum si Siculis eorum legibus dari* (oder auch *tum si Siculos... dare*) *oporteret etc.*, was allein auch der Zusammenhang zuläßt.

p. 26.

---

72) 4, 34. 36. 37.

73) Verr. 2, 12 p. 269. der größeren Ausgabe von Zumpt.

74) Welcher diese Stelle anführt und nach seiner Weise erklärt zu Terent. Phorm. II, 1, 36.

Cicero wollte zeigen, daß das ganze prätorische Recht, das ganze Proceßverfahren unter Verres Prätur in Sicilien von der Art gewesen sei, wie in dem von ihm angeführten Beispiel einer ungerechter Weise so abgefaßten in rem actio, daß der Richter darin angewiesen wurde, Jemand zu verurtheilen, der nach dem Recht nicht hätte verurtheilt werden dürfen. Da nun die ganze Gewalt des Prätors im Erlassen von Decreten und in der Ertheilung von iudicia liegt, so bringt er zuerst Beispiele verkehrter Decrete, wie: *Si non accipit, quod te debere dicis, accuses; si petit, ducas.* Natürlich müssen nun auch Beispiele von ähnlichen verkehrten iudicia, d. h. nach der gewöhnlichen Bedeutung von Klageformeln folgen, und an diese muß jeder denken, der die Worte iudicia huiusmodi gehört hat. Die (angebliche) Ungerechtigkeit dieser Klagformeln bestand aber darin, daß Verres in Schuldfällen zwischen Römischen Bürgern und Siciliern, wenn der Römische Bürger zum dare nicht verpflichtet war, weil der Contract auf eigenthümlich Sicilischem Recht beruhte, welches nur für Sicilier galt, fingierte, daß er ein Sicilier sei, damit er nach Sicilischen Gesetzen verurtheilt würde und umgekehrt. So wurde wie in dem Anfangs angeführten Beispiel Jemand verurtheilt, der nicht verurtheilt werden sollte. Dagegen liegt eine Beschuldigung, daß Verres Richter von anderer Nationalität gegeben habe, als er geben sollte, ganz außer dem Zusammenhange. Wie bei so vielen Beschuldigungen Ciceros ist es freilich auch bei dieser die Frage, ob sie gegründet war und er es nicht blos auf eine augenblickliche Ueberrumpelung der großentheils nicht sachverständigen Richter angelegt habe. Denn wie wir aus Gaius wissen [75], waren Fictionen der gedachten Art in den Edicten alt herkömmlich, und nur dann konnte Verres Tadel verdienen, wenn er die Voraussetzung, welche Gaius hinzufügt: si modo iustum sit, eam actionem etiam ad peregrinos extendi [76]), nicht beachtete und auch singuläres Recht des einen oder andern Volkes auf Bürger des andern ausdehnte.

QVIDQVID EVM ... DARE FACERE OPORTERET]. Können wir diese Worte die intentio der Formel und die ganze Formel selbst eine utilis actio nennen? Keines von Beiden: wenn man auch die Klage, d. h. die litis contestatio mit Recht eine auf den Fall der Verweigerung ausgedehnte Verpflichtung nennen würde. Aber die Formel ist in factum concepta, wie die Röm. Juristen auch die ähnliche aus dem Edict des Prätor urbanus so oft nennen, und ohne eine auch nur durch Fiction bewirkte iuris intentio. Um sich nämlich nicht zu verwirren, beachte man wohl, daß die eigentliche facti intentio (wenn man das, wovon die condemnatio abhängt, so nennen darf) in dieser Formel in den zunächst vor der condemnatio stehenden oder vielmehr

---

[75]) 4, 37.

[76]) Vgl. L. 11. D. de praescr. verb. (19, 5.). — Sed et eas actiones, quae legibus proditae sunt, si lex iusta ac necessaria sit, supplet Praetor in eo, quod legi deest; quod facit in lege Aquilia etc.

in diese eingeflochtenen Worten SI EX DECRETO ... REPROMITTERE NOLVIT enthalten ist, alles Vorhergehende aber bis zu den Worten EIVS IVDEX nur bezweckt, den Richter zu instruieren, auf wieviel er verurtheilen soll. In der Regel stehen diese beiden Theile allerdings in umgekehrter Ordnung, aber nur, weil diese in der Regel auch die sachgemäße ist [77]. Hier war offenbar die gewählte Ordnung sachgemäßer. Denn da mit dieser Formel bezweckt wurde, dem Kläger den ihm verweigerten Schadensersatzanspruch zwangsweise zu verschaffen, so konnte der Gegenstand und Umfang der Condemnation auf keine Weise angemessener ausgedrückt werden, als wenn man eine intentio aus einer Stipulation mittels Fiction zu Hülfe nahm. Alsdann war es aber nicht nur an sich natürlicher, das, was der Beklagte gesollt, dem, was er nicht gewollt hatte, voranzustellen, weil ihn das letztere doch nur als eine Uebertretung des ersteren verpflichtete, sondern es würde auch bei der umgekehrten Ordnung durch die Verbindung zweier si, deren erstes ein wirkliches Erforderniß, das zweite nur eine Fiction angeben sollte, eine logische Schwierigkeit entstanden sein.

EX FIDE BONA]. Da nicht geläugnet werden kann, daß dieses die intentio der actio ex stipulatu damni infecti sei, so fragt es sich, ob wegen dieser hinzugefügten Worte jene Klage eine bonae fidei actio genannt werden könne. Die Meisten nehmen dieses an [78]. Heffter jedoch verneint es und will, wenn ich ihn recht verstehe, die Erwähnung der bona fides in diesen Formeln daraus ableiten, daß sie utiles p. 28. gewesen seien [79]. Zimmern endlich glaubte, auch die Stipulationen könnten nach der bona fides abgefaßt werden, was besonders bei den prätorischen geschehen sei, und wenn dieses geschehen, habe die aus ihnen hervorgehende Klage viel von der Natur der bonae fidei iudicia entlehnt, wofür er sich eben auf unser Gesetz beruft [80]. Nach meiner Meinung war die Stipulation nie bonae fidei. Denn da mit einer Stipulation das bezweckt wird, daß der Gefragte dem Andern soweit, als es in

---

77) Bei actiones personales in ius conceptae auf incertum, in denen nicht auf quanti ea res est, sondern auf quidquid dare facere oportet verurtheilt wird, kann man sagen, daß die intentio selbst die doppelte Function verrichtet, den Richter zu instruieren, ob und auf wieviel er verurtheilen soll. Ebenso mitunter in actiones in factum conceptae, z. B. der actio vi bonorum raptorum. Cic. pro Tullio §. 7.

78) Hugo Rechtsgesch. S. 650. Z. 9—11. G. J. Ribbentropp Correalobligat. S. 182. Schrader zu §. 28. I. de act. p. 657., welcher diese bonae fidei actio, die Gaius 4, 62. u. Justinian §. 28. cit. nicht erwähnen, als zu deren Zeit schon abgekommen anführt. Ob F. G. v. Tigerström de iudic. apud Rom. p. 147. den eben erwähnten Schriftstellern beizuzählen sei, ist einiger Maaßen zweifelhaft.

79) Seine Worte sind Obs. ad Gai. Comm. IV. p. 80. „Ambae formulae utiles erant, quasi repromissio satisdatiove ex fide bona facta esset, igitur ipsae etiam fidei bonae mentionem continere debebant.“ Doch meint er, daß dieses ganz einzig dastehe.

80) Geschichte des Privatr. Bd. 3. §. 62. und §. 87. S. 184. u. 275. Dasselbe mag auch Mühlenbruch's Ansicht gewesen sein. Doctr. Pand. 3. Ausgabe §. 243. vor not. 13 u. 14.

den Worten liegt, verpflichtet werde, so wird nach der Absicht der Parteien eben durch diesen formellen Verpflichtungsgrund und nicht durch die Billigkeit die Obligation bestimmt. Wie aber, wenn eben das, was die bona fides mit sich bringt, stipuliert ist? Auch dann ist nichts Anderes zu sagen. Die Verpflichtung zum dare facere ex fide bona ist dann doch auch durch ein strictes Geschäft hervorgerufen worden. Ich meine also, nicht jedes Geschäft, aus welchem eine Klage auf quidquid alterum alteri dare facere oportet ex fide bona entsteht, ist zu den bonae fidei negotia zu zählen. Wenn aber das Geschäft selbst nicht bonae fidei ist, dann gewiß auch nicht die actio aus demselben. Doch ist hier Vorsicht nöthig. Der Name des bonae fidei iudicium selbst kann weiter und enger genommen werden. Weiter, wenn man bonae fidei iudicium das nennt, wodurch dem Richter die Macht gegeben wird, das, was der Beklagte dem Kläger geben oder leisten solle, nach der bona fides zu bestimmen; enger, wenn nicht nur der Inhalt der Obligation, sondern auch ob eine bestehe und deren Beschaffenheit nach der bona fides beurtheilt wird. Oder läge in dieser Unterscheidung eine übermäßige Subtilität [81]? Ich meine, so wenig, daß vielmehr unsere Formel selbst den Unterschied andeutet, indem sie ex ea stipulatione als Grund dieses dare facere oportere ex fide bona voraufschickt [82], und daß die Alten selbst eine solche Klage schwerlich je-

---

81) So urtheilt Savigny Civilrecht. Bd. 5. S. 496. über die im Text entwickelte Ansicht unter Berufung auf L. 31. D. de recept. (4, 8) und L. 3. C. eod. (2, 56), aus denen hervorgehe, daß die doli clausula auch gegen den stipulator, qui dolo fecit, wirke. Diese Behauptung beruht aber nur auf ungenauer Interpretation dieser Stellen. Beide handeln vom Compromiß, wo also, wenn die doli clausula hinzugefügt ist, beide Theile in Beziehung auf dasselbe Verhältniß sich wegen Dolus verpflichten. Die zweite sagt nur: wenn A einer vom B durch Bestechung erlangten Sentenz nicht gehorche, so stehe ihm gegen dessen Einklagung der Strafe die doli exceptio zu und er könne auch, wenn (oder da) das Compromiß die doli clausula enthalte, den B aus derselben (ex stipulatu) belangen. Hier würde der erste Satz selbst wahr sein, wenn keine doli clausula beigefügt wäre; der zweite geht unsere Frage überhaupt nichts an. In L. 31. aber sagt Ulpian: Ita demum autem committetur stipulatio, cum adversus eam quid fit, si sine dolo malo stipulantis factum est; sub hac enim conditione committitur stipulatio, ne quis doli sui praemium ferat. Dies kann heißen, daß, wenn der Stipulator selbst in dolo sei (z. B. durch Bestechung des Arbiter), die Stipulation ipso iure nicht committiert oder die Klage daraus durch doli exceptio ausgeschlossen werde, und Ulpian wollte hier wohl noch keines von beiden bestimmt, sondern nur das materielle nicht Verfallen ausdrücken, da er erst im Folgenden auf den Unterschied kommt, ob die doli clausula beigefügt sei oder nicht. Im Folgenden kann man aber nur aus den Worten: Quodsi huiusmodi clausula in compromisso adscripta non est, tunc de dolo actio vel exceptio locum habebit, durch ein immer gewagtes argumentum a contrario schließen, daß nach Ulpians Meinung, wenn die doli clausula beigefügt sei, es keiner doli exceptio bedürfe. War dieses aber seine Meinung, so beruhte sie doch ohne Zweifel nur darauf, daß hier eben beide Theile das dolum malum abfore versprochen hatten, und es ist jedenfalls unzuläßig, von einem solchen Fall auf den einer einseitigen Stipulation mit doli clausula zu schließen.

82) In den b. f. iudicia ist nämlich der Grund der Verpflichtung zum

mals zu den bonae fidei iudicia gezählt haben [83]). Wenn nämlich die Obligation zwar für ihren Inhalt die Berücksichtigung der b. f. fordert, der Obligationsgrund selbst aber nicht darauf beruht, so ist der Richter zwar in so weit in derselben Stellung, wie in den gewöhnlichen bonae fidei iudiciis, daß er das ganze iudicium mit arbiträrer Macht leitet und ex aequo et bono sowohl verurtheilen als lossprechen kann, auch für Mora, Culpa, Zeit der Aestimation, Zinsen und Früchte dieselben Grundsätze anwendet. Aber die übrigen vom Obligations g r u n d e abhängigen Eigenthümlichkeiten der bonae fidei actiones, wie die contraria actio, die Compensation ex eadem causa und der Grundsatz, daß die doli und pacti conventi exceptio stillschweigend in bonae fidei iudiciis enthalten sind, finden auf ein solches Verhältniß und iudicium keine Anwendung. Daß aber nach diesen Eigenthümlichkeiten die Alten die Klagen für bonae fidei erklärt haben, kann Niemand zweifelhaft sein, der erwogen hat, daß Gaius, Justinian und schon Cicero von den bonae fidei actiones und deren Unterschiede von den stricten Klagen da handeln, wo die wichtigste Wirkung der Gegenseitigkeit des Obligationsgrundes ex bona fide, die Compensation und contraria actio, zur Frage steht. Auch wäre ja sonst hinsichtlich der Billigkeitsnatur zwischen den arbitrariae und bonae fidei actiones eigentlich kein Unterschied gewesen. Wegen des Sprachgebrauchs zu Ciceros Zeit möchte freilich der Umstand einigen Zweifel erregen, daß er in der bekannten Stelle [84]) den ganzen Unterschied in p. 30.

---

dare facere vielmehr die bona fides, wie eben dieser alleinige Zusatz ex fide bona zeigt. Das daneben noch vorkommende, auf den Contract in der demonstratio sich beziehende o b eam rem (Gai. 4, 47. 60. 131., auch in der ex stipulatu actio 4, 136. und vgl. 4, 37. 21. 24.) gibt nicht den eigentlichen Verpflichtungsgrund — die objective causa efficiens — an, sondern das Factum, mit Rücksicht worauf in einem gewissen Umfange eine Verpflichtung einleuchten soll oder ein Recht ausgeübt wird.

[83]) Justinian stellt es in §. 29. I. de act. (4, 6.) als etwas Neues und ganz Einziges dar, daß die ex stipulatu actio als dotis repetitio nach seiner neuen Verordnung bonae fidei sein soll. — Gegen den im Text entwickelten Unterschied möchte man vielleicht die actio rei uxoriae einwenden, welche bei den Alten für eine b. f. actio gilt und in der doch die Worte QVANTVM AEQVIVS MELIVS, eine Beziehung der Billigkeit blos auf die Größe, also den Inhalt der Obligation ausdrücken. Allein daß eine Klage b. f. ist, das hat sie nicht von den Worten, womit diese ihre Natur ausgedrückt wird, sondern von der Natur des ihr zu Grunde liegenden Verhältnisses. In der rei uxoriae actio lautet aber die intentio deshalb auf QVANTVM...DARI, weil die dos nach ihrer ursprünglichen Natur ganz und beständig bei dem Manne bleibt (L. 1. D. de iur. dott.) und die höhere Billigkeit des ehelichen Verhältnisses, wenn es aus dem Gesichtspunct des gleichen Rechts der Frau aufgefaßt wird, nur das mit sich bringt, daß ihr etwas von der Dos gegeben werden muß. Deshalb kommt in diesem Verhältniß auch keine contraria actio vor.

[84]) De offic. 3, 17. Q. quidem Scaevola, Pontifex maximus, summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emtis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas continetur: in his magni esse iudicis sta-

den hinzugefügten Worten ex fide bona zu suchen scheint. Aber es ist zu bemerken, daß er sagt: in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA, wodurch selbst er andeutet, daß diese Worte jene Bedeutung nicht in allen Formeln haben, sondern nur dann, wenn sie in arbitriis vorkommen. Und darin wird ihm Jeder Recht geben, der nicht etwa auch die actio de dolo, wenn sie in factum concepta ist, eine bonae fidei actio nennen will, weil es auch da heißt: Si paret, ita negotium gestum esse, ut eo stari non debeat ex fide bona [85]. — Im Ganzen also trete ich Zimmerns Meinung bei. Er hat auch das richtig bemerkt, daß, wenn nur auf die Gewalt des Richters gesehen werde, man von dem strictesten iudicium, der condictio si certum petatur, durch mehrfache Abstufungen bis zu den bonae fidei iudicia gelangen könne; auf die den bonae fidei iudicia nächste Stufe sind dann aber diejenigen stricti iuris iudicia zu stellen, welche die Erwähnung der bona fides enthalten. Doch ist auch kein großer Unterschied zwischen ihnen und den Klagen mit der intentio QVIDQVID PARET N. N. A. A. DARE FACERE OPORTERE. Denn da im facere auch das non facere enthalten ist und die Beurtheilung des facere von der Lage der Person abhängt, welche das boni viri arbitrium erfordert, so sind sowohl die Prästationen der Früchte und Zinsen, als des Verzuges und des Verschuldens meistens die nämlichen, als wenn ex fide bona hinzugefügt wäre [86]. — Eine andere Frage ist noch übrig: aus was für einer Stipulation die incerti intentio mit dem Zusatz ex fide bona concipiert worden sei? Cujacius und Mühlenbruch [87]) nehmen diese Kraft für die stipulatio mit angehängter doli clausula in Anspruch und dieß scheint mir richtig; denn der dolus malus entspricht der bona fides als Gegensatz so sehr, daß z. B. in der formula depositi in factum concepta der dolus malus anstatt der bona fides in der in ius concepta erwähnt wird. Auch legen die Römischen

---

tuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret. Cicero wiederholt diese Sätze, welche er dem Q. Mucius verdankte, nach Gewohnheit Top. 17., braucht aber da unvorsichtiger Weise das Wort iudicia statt arbitria, wofür er wenigstens wie de offic. 3, 15. sine lege iudicia hätte sagen sollen.

[85]) L. 11. §. 1. D. de dolo. (4, 3.) Cic. ad Attic. 6, 1. med. Wenn Heffter (l. c. p. 79.) die letztere Stelle vor Augen gehabt hätte, so würde ihm die Abfassung dieser Formel nicht so viele Noth gemacht haben.

[86]) Vgl. L. 137. §. 2. 3. D. de V. O. (45, 1.) L. 4. pr. D. de usur. et fruct. (22, 1.). Daß in der persönlichen Legatsklage Zinsen, Früchte und Culpa eben so, wie in bonae fidei iudicia prästiert werden, ist, wie ich glaube, auf eine Interpretation des SC. Neronianum zurückzuführen, wonach man sagte, daß, wenn das fehlerhafte, dann doch gewiß nicht weniger auch das richtige, und wenn also jedes Legat als optimo iure, dann auch als sinendi modo legatum angesehen werden dürfe. Dann stand aber jedem Legatar eine incerti condictio zu, von der dasselbe gelten mußte, wie von der ex stipulatu actio. Gai. 2, 214. 280.

[87]) Cuiac. Comm. ad L. 121. D. de V. O. (ed. Mutin. Tom. I. p. 1078 B.) Mühlenbruch. l. c. not. 13.

Juristen selbst jener Clausel die Bedeutung bei, Alles zu umfassen, was, weil es zur Zeit noch nicht zum Vorschein gekommen ist und von unsichern Zufällen abhängt, nicht einzeln angeführt werden konnte [88]). p. 31. Außerdem wurde ohne Zweifel auch dann, wenn man ausdrücklich dari fieri ex fide bona stipuliert hatte [89]), eine intentio bonae fidei gegeben. Ob dieselbe Bedeutung den Worten recte dari zuzuschreiben sei, bezweifle ich; eher denen recte dari fieri, weil das hinzugefügte recte für boni viri arbitrio genommen wurde [90]). Jedenfalls führte die sehr häufige [91]) doli clausula am häufigsten die Beurtheilung des Stipulationsinhalts nach der bona fides herbei. Und diese scheinen alle prätorischen Cautionen enthalten zu haben [92]); denn da es des Prätors Pflicht war, die Parteien auf das Sorgfältigste zu sichern, und er doch nicht alles Einzelne voraussehen konnte, so griff er mit Recht zu diesem Mittel, welches Cujacius deswegen nicht übel mit der clausula generalis des Edicts über die in integrum restitutiones vergleicht [93]). Wir dürfen daher nicht zweifeln, daß auch die stipulatio damni infecti die doli clausula enthielt, und obgleich derselben nirgends in den Rechtsbüchern namentlich Erwähnung geschieht, so gibt es doch viele Stellen, aus welchen erhellt, daß der Richter aus dieser Stipulation den Schaden und Schadensbetrag nach der bona fides bestimmen mußte [94]).

DVNTAXAT HS EIVS IVDEX]. Die Tafel hat nach Ma- p. 32. rini's Ausgabe D. Γ. HS. E. I., nach Petrus de Lama (und Ritschl) DF. HS. E. I. In der richtigen Erklärung dieser Abkürzungen liegt

---

88) L. 53. L. 119. D. de V. O. (45, 1.).

89) Ein solches Beispiel enthält aber nicht, wie ich früher glaubte, L. 122. §. 1. D. de V. O. (45, 1.), über welche vgl. Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. Bd. 10. S. 3. Stillschweigend liegt aber dieser Inhalt darin, daß man z. B. von einem Pächter stipuliert, was er aus dem Pachtcontract schuldig sei. L. 89. D. de verb. obl. (45, 1.).

90) L. 73. D. de V. S. Ueberhaupt vgl. über dieses Stipulationswort Brisson. Select. antiquit. 1, 9. und de V. S. s. v. Recte §. 1., wo aber auch nicht hieher gehörige Stellen eingemengt sind.

91) Siehe über die doli clausula Brisson. de formulis. 6, 180.

92) Sie kommt vor in der stipulatio *de rato* L. 19. L. 22. §. 7. D. ratam rem (46, 8.); *iudicatum solvi* L. 17. — 19. D. iudic. solvi (46, 7.) L. 45. D. de hered. petit. (5, 3.) *usufructuaria* L. 5. pr. D. usufr. quemadm. cav. (7, 9.); *legatorum* L. 1. pr. D. ut legat. nom. cav. (36, 3.); *si cui plus quam per legem Falcidiam licet, legatum esse dicitur.* L. 1. pr. L. 3. pr. D. si cui plus (35, 3.); *ex operis novi nunciatione* L. 21. §. 1. D. de O. N. N. (39, 1.). Endlich in allen Stipulationen, welche entweder vom Prätor oder Richter gefordert werden oder sonst eine bestimmte und herkömmliche Formel haben. Vgl. z. B. L. 4. §. 16. D. de dol. except. (44, 4.) L. 31. D. de recept. qui arbitr. (4, 8.) L. 3. C. de arbitr. (2, 56.) L. 18. D. de R. V. (6, 1.) etc.

93) Comm. ad L. 53. D. de V. O. edit. Mutin. Tom. I. p. 1041. D.

94) Vgl. L. 18. §. 6. L. 19. pr. L. 24. §. 2—12. L. 28. 29. L. 40. pr. D. h. t. — Die damni infecti stipulatio hat Cujacius aus den noch übrigen Resten derselben zusammengesetzt (Paratitl. ad D. 39, 2. ed. Frft. 1624. Tom. II. p. 52.), die doli clausula jedoch vergessen.

der Schlüssel zum Verständniß der ganzen Formel. Bisher hatte man ihn aber nicht gefunden.

Der Canonicus Costa, den Petrus de Lama anführt, erklärte: Dare. Facere. Sestertios. Ex. Iure. Poggius in seiner Ausgabe Dare. Facito. Sestertios. Ex. Iure. Marini, dem auch de Lama beitritt, Dare. Facere. Ei. Liceat, indem er annimmt, jenes HS sei auf einen Irrthum des Graveurs zu schieben und I für L gesetzt. Hugo endlich Dare Facere Sestertios ... Eum Iube, bei welcher Erklärung sich auch Heffter und Dirksen beruhigt haben. Aber, um uns nicht bei den Italienern aufzuhalten, die schon Hugo abgefertigt hat, so ist in dessen Deutung zunächst Eum Iube nicht stichhaltig. Denn einmal ist uns eine solche Abkürzung nicht aus dem Alterthum überliefert, und dann, was soll dare facere sestertios heißen? Was dare nummos sei, versteht man wohl, facere aber nicht. Endlich was sollen wir mit dem Wort condemna am Ende der Formel machen, wenn hier schon iube vorausgegangen ist? Diese letzte Schwierigkeit bewog Heffter an jener ganz feststehenden Formel c. s. n. p. a. zu rütteln und mit Veränderung des c. in a. zu erklären: aut (oder et) si non paret, absolve. Aber von der Kühnheit dieser Aenderung abgesehen — wie will er denn seine Formel gegen Gaius schützen, welcher das Wort condemna in dem Theil der Formel, welcher davon seinen Namen trägt, verlangt? Es könnte noch mehr entgegengestellt werden; aber die beste Waffe gegen den Irrthum ist die Wahrheit selbst. Wir gehen daher zur Rechtfertigung unserer Erklärung über. Um nun von dem Leichteren anzufangen, so bedeuten die letzten Buchstaben E. I., beides gewöhnliche Abkürzungen, Eius Iudex, und daß diese Worte hier ganz an ihrer Stelle sind, wird Jeder zugeben, der aus der Vergleichung aller noch vorhandenen Beispiele von Condemnationen sich überzeugt hat, erstens daß die Römer dieselben stets mit der Anrede des Richters oder der Recuperatoren anfingen, offenbar, weil nun condemna folgte, von dem sonst nicht ersichtlich gewesen wäre, auf welche Person es sich beziehen solle [95]); sodann, daß man die condemnatio, wenn sie incerta war, so mit der intentio zu verbinden pflegte, daß das, worauf der Richter condemnieren sollte, wenn es auch schon in einem Relativ-Satz ausgedrückt war, doch um der Deutlichkeit willen noch mit einem demonstrativen Ausdruck wiederholt wurde. Um der Kürze willen setzen wir nur zwei Beispiele her, die aber beide Behauptungen zugleich beweisen. Bei Gaius lautet die formula depositi in ius concepta gegen Ende so: ... quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo

95) Denn daß mit den zu Anfang der ganzen Formel stehenden Worten Iudex esto der Prätor nicht den Richter selbst im Vocativ anredete, sondern nur eine bestimmte Person zum Richter ernannte, zeigt Cic. in Verr. 2, 12. Die Angabe dieser — eigentlich mündlich schon geschehenen — Ernennung gehörte aber insofern mit zur Formel, weil die Uebergabe der Sache zur Entscheidung an diesen bestimmten Richter und nach dieser Instruction den wesentlichen Inhalt der litis contestatio und iudicii constitutio bildete.

Agerio dare facere oportet ex fide bona eius, ID, IVDEX, Nium. Nium. Ao. Ao. condemnato etc. und die in factum concepta: ... eamque dolo malo Nij. Nii. Ao. Ao. redditam non esse, quanti ea res erit, TANTAM PECVNIAM, IVDEX, Nium. Nium. Ao. Ao. condemnato u. s. w. [96]). Andere Beispiele sehe man selbst nach, wenn man will [97]).

Die Regel ist also überhaupt diese: die certa condemnatio lautete auf eine bestimmte Geldsumme, z. B. tot milia condemna; ging aber eine incerta intentio einer persönlichen Klage voran, so hieß es nach Gaius Beispiel: id, nach unseren Formeln: eius ... condemna; wenn endlich vorangegangen war: quanti ea res est (erit), wie in den meisten arbitrariae actiones: tantam pecuniam condemna — aus keinem andern Grunde als weil quidquid nach dem Sprachgebrauch id, quantum — tantum nach sich zieht. Sollte aber jene Differenz zwischen id und eius vielleicht als eine nur beliebige Abwechselung wirklich bestanden haben? Dafür möchte man anführen, daß ja die Alten wirklich bald tantum, bald tanti condemnare sagen. Aber ich habe bemerkt, daß die Römer in den Formeln und wo sie sonst eigentlich und förmlich sprechen, das, worauf Jemand verurtheilt wird, immer in den Accusativ zu setzen pflegten. So in der legis actio per manus iniectionem: Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium X milia [98]), in den condemnationes selbst: tantam pecuniam condemna oder X milia condemna [99]). Danach wäre denn wohl ID CONDEMNA für die richtige Fassung zu halten? Keineswegs. Denn aus jener Regel selbst folgt, daß, wenn die condemnatio so abgefaßt wäre, der Richter auf folgende Weise hätte condemnieren müssen: Condemno te, quidquid te dare facere oportet ex fide bona, was aber einer andern ganz unbestrittenen Regel widerspricht, nach welcher die Condemnation stets auf eine Geldsumme lauten muß [100]). Im Gegentheil also müssen wir die p. 34. Fassung, welche unsere Formeln haben, EIVS ... CONDEMNA, wobei nämlich PECVNIAM hinzuzuverstehen ist, für die einzig richtige halten, so gewiß, daß, streng genommen, die Fassung mit ID ... CONDEMNA die Formel aus dem genannten Grunde dem Kläger unnütz gemacht haben würde. Dieses nöthigt uns aber zugleich, die Stelle des Gaius, wo mit ausgeschriebenen Buchstaben steht EX FIDE BONA EIVS, ID, IVDEX ... CONDEMNATO für verderbt zu

---

[96]) Gai. 4, 47. Daher meine ich, daß auch in der zweiten condemnatio des §. 51. so zu restituieren sei: tantam pecuniam i̅n̅ n̅a̅ a̅ etc., d. h. tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio etc. (was nun auch Lachmann aufgenommen hat).

[97]) Gai. 4, 42. 43. 46. 47. 50. 51. 86. Selbst Theophilus hat in der einzigen Stelle (IV, 10. §. 2.), wo er uns ein Beispiel einer condemnatio vorführt, nicht vergessen, ein ὦ δικαστά, jedoch am Ende der Formel, hinzuzufügen.

[98]) Gai. 4, 21.

[99]) Gai. 4, 47. 50. 51.

[100]) Gai. 4, 48.

halten, wofür denn auch noch ein anderer Grund spricht. Denn was soll das EX FIDE BONA EIVS? Niemals wird anderwärts ein solches eius zu dem ex fide bona hinzugefügt und es wäre auch gar seltsam, die Verpflichtung zum Leisten nach dem Gewissen dessen in Anspruch zu nehmen, der eben, indem er sich belangen läßt, zu erkennen gibt, daß er nach seinem Gewissen nicht verpflichtet sei. Ohne Zweifel ist also dem Abschreiber hier dasselbe begegnet, was sonst oft genug vorkommt, daß er zuerst die Abkürzung (denn ID bedeutet Iudex nach Petrus) und dann das ausgeschriebene Wort selbst setzte, und so werden wir nicht Anstand nehmen, mit Verbesserung dieses Irrthums zu lesen: EX FIDE BONA, EIVS, IVDEX (was auch Lachmann aufgenommen hat). Wie nun hiernach die zuverlässigere Erztafel dazu gedient hat, die Handschrift des Gaius zu controlieren, so leistet diese umgekehrt unserer Tafel wieder den Dienst, daß durch die in jener ausgeschriebenen Worte EIVS IVDEX unsere Deutung der Buchstaben E. I. außer Zweifel gesetzt wird [101]. Was die vorhergehenden Abkür- p. 3 zungen betrifft, so steht auf der Tafel wahrscheinlich nicht DF, sondern DT eingegraben, die gewöhnliche Abkürzung für duntaxat. Dem kommt in der ersten Formel Marini's Lesung am nächsten; der Graveur mag nur den obern Querstrich links nicht hinlänglich ausgedrückt haben. Der kleine mittlere Querstrich (den auch Ritschl's Facsimile gibt) mag nur auf einer Beschädigung der Tafel beruhen. In der zweiten Formel aber wird Lama's Lesung DT nun auch durch Ritschl's Facsimile bestätigt. Was soll nun aber Duntaxat HS .... oder, wie es in der zweiten Formel mit einer gewöhnlichen Weglassung heißt: duntaxat [102]? Auf den ersten Blick könnte man meinen, es sei in dem leeren Zwischenraum $\overline{XV}$ zu ergänzen = duntaxat sestertium quindecim milia und dieses deswegen hinzugefügt, weil die Lex Rubria, wie aus Capitel 21. erhellt, den Municipalmagistraten über diese Summe hinaus Recht zu sprechen verbot. Dieses hat aber Vieles gegen sich. Wäre dies der Wille des Legislator gewesen, so hätte er die Zahl nicht weglassen können; daß sie aber wirklich weggelassen und nicht etwa blos in dem leeren Raume, den hier die erste Formel enthält, verschwunden ist, zeigt die andere Formel, in welcher, da die Buchstaben D. T. eine Zeile hart am Rande schließen und E. I. Q. (Eius Iudex Quintum) die fol-

---

[101]) Wir werden nun aber auch bei Gai. 4, 51., wo die condemnatio einer actio incerta (quicquid ob eam rem Nium. Nium. Ao. Ao. d. f. oportet) angegeben wird, so lesen: velut si incertum aliquid petamus. ṅ illic ima parte formulae ita ē ei' iudex etc., d. h. nam illic ima parte formulae ita est: EIVS, IVDEX etc. Sonst wäre gegen die Vorschrift das nicht hinzugefügt, auf was der Richter verurtheilen soll. Das Wort parte hat der Abschreiber entweder ausgelassen, oder abgekürzt p̄, wie in dp̄, d. h. dimidiae partis. Vgl. §. 50. und wegen der Abkürzung Göschens index sigl.

[102]) Unzählig sind die Beispiele, daß das Geldzeichen, welches jeder so leicht selbst ergänzen konnte, nach Belieben gesetzt oder weggelassen wurde. Man vergleiche nur z. B. Gai. 4, 43. 50. 51. und in unserer Lex selbst Col. II. v. 4. 19.

gende Zeile anfangen, nicht einmal ein Zwischenraum vorhanden ist, in welchem etwas hätte unsichtbar werden können. Dann aber, wie unsinnig wäre es auch gewesen, festzusetzen, daß, wenn Einer einen Schaden von vielleicht 50,000 durch den Einsturz benachbarter Gebäude erlitten hätte, ihm dennoch nicht mehr ersetzt werden solle, als wenn er 15,000 betragen hätte? Man sage auch nicht: bei einem solchen höhern Betrage habe der Proceß nach Rom gehört. Davon sagt unser Capitel nichts und — konnte auch nichts sagen. Denn da Niemand voraussehen kann, wie groß der Schaden durch den Einsturz sein werde, so kann natürlich die cautio damni infecti nicht nach Verschiedenheit der Summe von diesem oder jenem Magistrate gefordert werden, und dasselbe gilt auch von der formula in factum nach geschehenem Schaden, da es erst Sache des Richters ist, die Höhe des Schadens zu bestimmen. Allein, wird man sagen, in Cap. 22. ist doch mit klaren Worten verordnet: A quo quid praeter pecuniam certam creditam signatam forma publica populi Rom. in eorum quo oppido municipio c. p. f. v. c. castellove, quae sunt eruntve in Gallia cis Alpes, petetur, quodve cum eo agetur, quae res non pluris sestertium quindecim milium erit... [103]) und ein petere oder agere geschieht doch auch durch unsere in factum actio! Wohl! Man beachte aber auch noch, was unmittelbar auf jene Worte folgt: et si p. 36. ea res erit, de qua re omni pecunia ibi ius dici iudiciave dari ex hac lege debebit oportebit. Hugo übersetzt diese von den Andern ganz übergangenen Worte so: „und wenn es eine Sache ist, worüber überhaupt nach diesem Volks-Schlusse daselbst Recht gesprochen und iudicia angeordnet werden sollen." Offenbar unrichtig. Omni pecunia (denn so muß man verbinden) ist vielmehr so viel als quacunque, quantacunque pecunia, „zu jedem Geldbetrage", wie in der tribunicischen lex Ovinia ex omni ordine = ex quocunque ordine [104]), und de qua omni pecunia bedeutet eben so viel als das weitläufige de qua re, quantaecunque pecuniae ea res erit. Das Gesetz unterschied also, wie auch schon Zimmern, nur aus Kürze nicht ganz deutlich, bemerkt hat [105]), zwei oder wenn man will drei Arten von

---

103) Meine Beschwerde, daß man das XV. der Tafel in den Ausgaben wider die Grammatik in quindecim mille (statt milium) aufgelöst hat, ist wohl jetzt überflüssig.

104) Was ich deswegen erwähne, weil Niebuhr Röm. Gesch. Bd. 1. S. 551. Anm. 1090. nach vorgefaßter Ansicht, aber ganz sprachwidrig, ex omni ordine mit ex toto ordine erklärt hat. Auch bei Cic. de rep. 2, 22. Deinde equitum magno numero ex omni populi summa separato, reliquum populum distribuit in quinque classes hätte man diese Bedeutung von omnis besser würdigen sollen. Indem Cicero sagt, daß Servius aus jedem der Hauptbestandtheile des damaligen Volks (das sind die summae — mit andern Worten im Ganzen dasselbe, woraus der König classes machte) die Ritter genommen habe, bestätigt er damit die Ansicht, die ich in der Verf. des Serv. Tull. Cap. 1. u. 6. entwickelt habe.

105) Gesch. des Röm. Privatr. Bd. 3. §. 5. S. 16. — Ebenso Sa-

Klagsachen: wegen pecunia certa credita, wo es die Jurisdiction den Municipalmagistraten stets nur bis zu 15,000 Sestertien gestattete, und wegen anderer Sachen, wo es wegen einiger, die einen bestimmten Betrag hatten, auch nur bis zu derselben Höhe, wegen der übrigen ohne alle Beschränkung jene Magistrate für competent erklärte. Alles dieses in früheren, nicht mehr erhaltenen Capiteln. Denn es ist wohl zu bemerken, daß die uns erhaltenen Capitel, insbesondere auch Cap. 21., nicht auf die vor den Municipalbeamten zulässige Anstellung der Klagen, sondern auf die Competenz derselben in der Executionsinstanz sich beziehen und in ersterer Hinsicht sowohl von pecunia certa credita, als auch von den übrigen Klagen aus Contracten, Delicten, in rem u. s. w., ebenso von der Erbtheilungsklage [106]) schon im frühern Theile des Gesetzes gehandelt war. Deshalb kann ich auch der Meinung nicht beistimmen, daß die Ordnung der Materien in diesem Gesetz von der im edictum perpetuum völlig verschieden sei. In diesem folgte auch auf die operis novi nunciatio das damnum infectum und beide kommen in unserem Gesetz auch schon wegen der mit der Execution verwandten außerordentlichen Cognition über die remissio operis novi nunciationis und die cautio damni infecti vor [107]). Was nach diesem im edictum perpetuum bis zur Materie von den confessi folgt, actio aquae pluviae arcendae, liberalis causa, Delictsklagen z. B. wegen vi bona rapta und Injurien, bot für den hier obwaltenden Gesichtspunct der Execution nichts Brauchbares dar; über die Gültigkeit der res iudicata war aber vom Gesetzgeber, wie aus Cap. 19. 20. erhellt, schon da gehandelt worden, wo er bestimmte, für welche Klagen die Municipalbeamten competent sein sollten, und die Lex Julia de cessione bonorum (Dig. 42, 2. unmittelbar vor dem Titel de confessis) existierte damals noch nicht. Doch wir kehren von dieser Abschweifung zur Sache zurück.

Daß die actio in factum, von der wir sprachen, denen zuzuzählen sei, deren Anstellung auch vor den Municipalobrigkeiten — nicht blos in Gallien, sondern überall [108]) — das Gesetz ohne Beschränkung auf eine bestimmte Geldsumme gestattet hatte, wird nun Niemand leugnen. Daraus folgt aber von selbst, daß jene Worte DVNTAXAT HS...

---

vigny Gesch. d. R. R. Bd. 1. S. 35. (S. 57. der 2. Ausg.), worauf Puchta Zeitschr. Bd. 10. S. 205. mich aufmerksam machte.

[106]) Davon ist zwar in Cap. 23. nur sehr wenig übrig. Was aber auf jene Worte: ita ius dicito, decernito, iudicia dato, iudicare iubeto, uti in eo oppido m. c. p. f. v. c. c. t. ve in quo is cuius [de hereditate dividunda agitur, mortuus est?....] folgte, wird sich auch auf irgend eine executivische Seite dieser Klage bezogen haben. Vgl. mein Recht des Nexum S. 164. Anm. 246.

[107]) Wie Puchta Zeitschr. B. 10. S. 209. flg. gezeigt hat.

[108]) Die Worte in Z. 15. tum magistratus prove magistratu II vir IV vir praefectusve, quoquomque de ea re in ius aditum erit, enthalten den Zusatz in Gallia Cisalpina nicht, und unter mag. prove mag. sind vor allen auch die Behörden in Rom zu verstehen. Eben so in Z. 50. flg., wie schon Puchta gesehen hat.

auf die fragliche Weise nicht können erklärt werden. Wie nun aber sonst? Offenbar haben wir eine formula cum taxatione vor uns, und der Legislator hat absichtlich hinter duntaxat Raum gelassen, um anzudeuten, es sei Sache des Magistrats, in jedem Proceß eine vom Kläger eidlich bewirkte Abschätzung seines Schadens dem Richter als Maximum der Condemnation vorzuschreiben [109]). Ueber die Taxatio- p. 38. nen überhaupt habe ich anderswo ausführlich gesprochen [110]) und daselbst auch gezeigt, daß solche Taxationen dann beigefügt wurden, wenn die Klage auf ein incertum ging und doch nicht Restitution bezweckte. Beide Merkmale treffen auch bei unsern Formeln zu, was um so mehr zur Bestätigung meiner Ansicht über die Taxationen dienen kann, als ich damals noch völlig gewiß darüber zu sein glaubte, daß in diesen Formeln keine taxatio vorkomme [111]). Leider hat dieser Irrthum Zimmern verleitet, auf demselben Wege noch weiter zu gehen und die Regel aufzustellen [112]), daß keine taxatio Statt gehabt habe, so oft Jemand wegen Nichtrestitution einer Sache oder wegen Cautions-Verweigerung zu verurtheilen gewesen wäre, wofür er sich theils auf unsere Formeln, theils auf Gai. 4, 47. und L. 7. D. si serv. vindic. beruft. Diese Regel ist jedoch nicht blos mit der unserigen bisweilen in Widerspruch, sondern auch überhaupt falsch. Die formula depositi bei Gaius und die Vindication einer Servitut, auf welche die Pandektenstelle sich bezieht, gehen auf Restitution und haben deshalb keine taxatio [113]). Dagegen p. 39.

---

109) Daß der Graveur in der andern Formel keinen Raum gelassen hat, erklärt sich genügend daraus, daß hier die Siglen D. T. gerade ans Ende einer Zeile zu stehen kamen.

110) Zu Cic. orat. pro Tullio exc. III. in den Analecta litter. 253—276.

111) l. c. p. 267.

112) a. a. O. §. 57. S. 167.

113) Zimmern scheint nicht klar gewesen zu sein, weder, welche Klagen auf Restitution gehen, noch was dies selbst heiße: wovon jetzt weiter zu handeln nicht am Ort ist. Nur das möge hier bemerkt werden, daß jede Klage auf Restitution auch durch einen darauf gehenden Zusatz in der Formel charakterisiert und ohne diesen die Restitution vom Richter nicht befohlen werden konnte. Dieser Zusatz lautete in arbitrariae actiones: NISI oder NEQVE REVS ARBITRIO TVO RESTITVET. Vgl. Cic. in Verr. 2, 12, wo jedoch die Lesart der Handschr.: *Si paret fundum Capenatem, quo de agitur, ex iure Quiritium P. Servilii esse neque is fundus Q. Catulo restituetur* der Verbesserung bedarf: *neque is eum* (aus *fun-*) *fundum Q. Catulo restituet*, weil sonst Ciceros Schluß, daß hiernach der Richter den Servilius zur Herausgabe an Catulus zwingen müsse, unbegründet wäre. Dagegen hat Cicero die Worte arbitrio tuo wohl mit Absicht weggelassen, damit der Richter desto mehr von der Formel eingeschnürt erscheine. In bonae fidei iudicia aber, welche auf eine Restitution gehen (denn nicht bei allen findet dies statt), werden nur die beiden Worte: NISI RESTITVET (oder RESTITVETVR) hinter CONDEMNA gestellt; denn da die bona fides schon erwähnt war, so war es hier nicht nöthig hinzuzufügen ARBITRIO TVO. Vgl. meine Studien des Röm. Rechts Bd. 1. S. 316. In der depositi in factum actio stehen diese Worte nicht und werden begreiflich auch nicht durch die eamque redditam non esse vertreten, die sich auf die Zeit vor der Litiscontestation beziehen; sie wird also besonders dann gegeben worden sein, wenn die Sache nicht restituiert werden

sind unsere Formeln nicht auf Restitution gerichtet und haben deshalb eine taxatio. Möglich wäre es übrigens, daß auch unsere Regel über die beizufügende taxatio noch mehr beschränkt werden müßte. Die sichern Beispiele derselben — in der actio iniuriarum, vi bon. rapt. und unseren Formeln aus einer Stipulation, in welche der Prätor einen Quasidelictsschaden faßte — führen auf prätorische und Delicts- oder doch Quasidelictsklagen mit einem unbestimmten Betrage. Vgl. oben S. 113.

SI EX DECRETO u. s. w. NOLVIT]. Daß dieses die eigentliche intentio unserer Formel sei, habe ich schon bemerkt; über die Municipal-Magistrate aber, welche dann erwähnt werden, zu sprechen, ist hier nicht der Ort [114].

QVOD EIVS DVVMVIR .... DECREVERIT]. Daß hinter eius auf der Tafel is ausgefallen sei, darüber vgl. die krit. Jahrb. für D. Jurispr. (1839) Bd. 5. S. 483. Uebrigens ist eius auf EX DECRETO zu beziehen: „was von diesem Verfügten", und der ganze Satz wird im Interesse des Beklagten hinzugefügt, damit er nicht etwa auch verurtheilt werde, wenn er gerechten Grund hatte, dem Decret des Magistrats nicht zu gehorchen, weil dieser nicht nach der Lex Rubria, d. h. entweder nicht nach der feststehenden Vorschrift im Edict des Prätor peregrinus oder nicht nachdem der Kläger vorher de calumnia geschworen, die Cautionsleistung befohlen hatte; denn an diese beiden Bedingungen bindet die Lex zu Anfang des Cap. 20. den Municipal-Magistrat [115].

EX LEGE RVBRIA SIVE ID PLEBEISCITVM EST].

---

konnte, oder der Kläger an der Restitution kein Interesse hatte (vgl. L. 1. §. 16. D. depos. 16, 3. L. 18. §. 1. D. de dolo 4, 3.). Ueber andere Ansichten vgl. Keller Litis-Contestation und Urtheil S. 357. 171. Civilproc. §. 28., Zimmern a. a. O. §. 68. S. 212., Ribbentrop, über Correal-Obligationen S. 128. Anm. 9., v. Savigny, System des Civilr. Bd. 5. §. 221—223.

[114]) Doch verweise ich jetzt zur Beseitigung der Vermuthungen Puchta's und Savigny's auf die Ausführung von A. W. Zumpt comm. epigr. (1850) T. I. p. 161—192., der gezeigt hat, daß zwischen IIvir und IVvir iure dicundo nur ein Namensunterschied besteht, indem in den Römischen Gemeinen, namentlich auch Oberitaliens (Zumpt p. 182.) regelmäßig vier jährliche Beamte (IVviri) gewählt wurden, zwei für das Rechtsprechen und die Senatsleitung, die man beliebig IIviri oder IVviri iure dicundo, zwei Aedilen, die man ähnlich mit dem Zusatz aed. nannte. Deshalb werden auch die Namen IIvir IVvir i. d. in unserer Lex und der Julia municipalis asyndetisch zusammengestellt, wogegen der praefectus als alternativ mit jenem eintretender außerordentlicher Magistrat meist mit ve angefügt wird. Ueber ihn vgl. denselben Zumpt l. c. p. 50—63., auch Th. Mommsen Stadtrechte v. Salp. u. Mal. S. 446 flg.

[115]) Puchta Zeitschr. Bd. 10. S. 222. (vgl. Savigny verm. Schr. Bd. 3. S. 384.) scheint dieses eben so wenig verstanden zu haben, wie Savigny, den er widerlegt. Nach ihm soll der Grund der Hinzufügung des ex lege Rubria der sein, weil durch diese Lex die Municipalmagistrate erst das Recht zur Auflegung der cautio damni infecti erhalten haben. Das ist nun zwar richtig; aber da dieses Jedermann wissen mußte, so wäre eben deshalb eine solche rechtshistorische Notiz in einer Formel höchst überflüssig gewesen.

Daß aus diesen Worten Puchta zuerst den wahren Namen unserer Lex ermittelt und seine Entdeckung siegreich vertheidigt hat, ist jetzt allgemein bekannt; auch die Zugehörigkeit der Worte ex lege Rubria zu decreverit, nicht zu praefectus, darf jetzt als allgemein zugestanden angesehen werden [116]).

Wegen des Zusatzes SIVE ID PLEBEIVESCITVM EST verweise ich auf frühere Ausführungen [117]). Auch über die Zeit des Zustandekommens des Gesetzes hat Dirksen [118]) bereits genügend gehandelt. Wer war aber Rubrius, der Urheber unseres Gesetzes? Es p.40. werden gegen Ende der Republik viele Rubrier erwähnt [119]), von denen es jedoch sehr schwer sein möchte, einem bestimmten unsere Lex zuzuweisen. Wir übergehen den Q. Rubrius Varro, der auf Cicero's Betrieb mit C. Marius und elf andern Senatoren vom Senat verurtheilt wurde [120]). Und wenn wir die von Dirksen ermittelte Zeit unseres Gesetzes, d. h. wenige Jahre nach Cäsars Tode festhalten, so reichte auch der Rubrius, welcher nach Plutarch [121]) in Cato's Jugendzeit Macedonien als Proprätor verwaltete, wahrscheinlich L. Rubrius Culleolus a. u. 684 [122]), nicht bis in diese Zeit hinein. Der Rubrius Rex (oder Ruga, wie Glandorp bei Appian lesen will), den Appian als Mitverschwornen des Brutus und Cassius nennt [122*]), fällt zwar gerade in diese Zeit. Doch ist es nicht glaublich, daß die Triumvirn einem Feinde des Cäsar gestattet haben sollten, den Transpadanern, denen dieser mit großer Anstrengung das Bürgerrecht verschafft hatte, eine solche Wohlthat zu erweisen. Dasselbe läßt sich von dem Pompejaner L. Rubrius sagen, der Cäsars Verzeihung erlangte [123]). Andere Rubrii bei Cicero scheinen wenig

---

116) Ueber beides siehe Krit. Zeitschr. für Rechtswiss. Bd. 5. S. 352—356. und Puchta Zeitschr. Bd. 10. S. 227. Savigny Zeitschr. Bd. 11. S. 56. (verm. Schriften Bd. 3. S. 382).

117) Beispiele dieser Genauigkeit der Legislatoren hat Klenze gesammelt ad L. Servil. p. 21. u. 39. und über die Ursachen derselben s. Krit. Zeitschr. a. a. O. S. 355. ff. Ob die Redeweise sive id plebeive scitum sit, welche nur in unsern Formeln vorkommt, grammatisch vertheidigt werden könne, mögen die untersuchen, in deren Gebiet dies gehört, dabei jedoch bedenken, was dem Redner und was dem Legislator erlaubt ist. Ritschl ad h. l. p. 11. hält das zweite ve für unzulässig.

118) Observatt. cit. p. 17 — 23.

119) Ueber die gens Rubria überhaupt siehe Io. Glandorp. Onomasticon Romanum. p. 748. sq. und Fulv. Ursin. Famil. Rom. p. 225. sq. Außerdem Fabric. ad Cass. 60, 23. und den Index zu Gruter's Thes. inscr. unter Rubrius.

120) Cic. Brut. 45. Nach Pigh. Ann. Tom. III. p. 219. 231. 236. soll er a. u. 662 Tribun, 665 Prätor und im folgenden Jahr Proprätor gewesen sein.

121) Cato min. c. 9.

122) Wie A. W. Zumpt inscr. epigr. T. II. p. 184. gegen Drumann Röm. Gesch. Bd. 5. S. 154. gezeigt hat.

122*) de bell. civil. 2, 113. Vielleicht identisch mit dem M. Rubrius, der mit Cato in Utica war. Plutarch. Cat. min. 62. 63.

123) Caes. de b. c. 1, 23.

angesehene Männer, höchstens vom Ritterstande gewesen zu sein [124]). Nicht lange nachher jedoch werden mehrere Rubrii in den höchsten Ehrenstellen erwähnt, und wenn man in einer ungewissen Sache eine Vermuthung gestatten will, so dürfte der Rubrius, welcher unser Gesetz beantragt hat, aus derselben Familie mit dem Rubrius Gallus gewesen sein, der unter Nero, Galba, Otho und Vitellius in hohem Ansehen stand und Cäcina's Abfall von Vitellius zu Vespasian herbeiführte [125]). Denn da der Beiname Gallus vor diesen Zeiten in der gens Rubria nirgends vorkommt, so ist es glaublich, daß der Urheber unserer Lex von dem Verdienst, welches er sich dadurch um die Gallier erwarb, zuerst diesen Beinamen erlangt hat, so wie Tarquinius, weil er lange Collatia vorstand, Collatinus, Cicero's Freund von seiner Vorliebe für Athen Atticus zugenannt wurde [126]). In der ersten Ausgabe dieser Abhandlung hatte ich eine Unterstützung dieser Vermuthung in einem Gruterschen Stein zu finden geglaubt, auf dem ein C. Rubrius C. F. L. N. Tro. Gallus Proculeianus, Patronus Perusinorum et Curator reip. Veronensium, iudex de V. decuria Aedilis etc. heißt [127]), indem daraus hervorzugehen schien, daß die Rubrii Galli bei den Transpadanern in Ehre und Ansehen gestanden hätten. Nach der besseren, auch von Mommsen verglichenen Copie des Steins bei Vermiglioli Iscriz. Perug. ed. 2. 1833. Tom. I. p. 404. ist derselbe aber einem C. Vibio C. f. C. n. Tro. Gallo Proculeiano gesetzt und auch statt Veronensium Vettonensium zu lesen. Damit fällt dann auch die weitere Combination, die ich auf folgende Inschrift aus Anagnia gegründet hatte [128]):

M. RVBRIO. L. F.
PROCVLO.
PR. AID. Q.
PONT. SALIO.
MVNIC. ET. INCOL.

Hätte es nämlich Rubrii Galli Proculeiani gegeben, so hatte die Vermuthung eine große Wahrscheinlichkeit, daß der Urheber unseres Ge-

---

124) Zwei schon ältere, L. und Q. Rubrius, Verr. 1, 25. 3, 80 und ein L. Rubrius aus Cassinum, welchem M. Antonius ein Testament untergeschoben haben soll, Phil. 2, 16. Ueber einen L. Rubrius Dossenus auf Münzen s. Eckhel. T. V. p. 296.

125) Tacit. Hist. 2, 51. 99. Ioseph. Bell. Iud. VII. 14. §. 3. Dio 63, 27. Daß Rubrius Gallus, consul suffectus a. u. 854., von welchem das SCtum Rubrianum seinen Namen erhalten hat, ein Sohn dieses Rubrius gewesen sei, vermuthet Fabric. ad Dion. l. c.

126) Cicero selbst wurde, wie Plutarch Cic. c. 5. erzählt, wegen seiner Liebe zu den Griechen und griechischer Bildung gewöhnlich Graecus genannt. Natürlich nahm aber die Familie dieses zweideutige Cognomen nicht an.

127) Gruter. p. CCCCLXIV. n. 1. in der That identisch, wie ich schon früher vermuthet hatte, mit p. CCCCLXXXVII. n. 2, wo für Rubrius Vibius und p. MCII. n.7., wo Urbius gelesen wird.

128) Gruter. p. CCCCLXIV. n. 2. Dieselbe Inschrift ist ib. n. 3. mit dem sinnlosen Zusatz RVBRIA. PATRI OPTIMA POS. ex Sched. Metellianis, deren Verdächtigkeit Mommsen dargethan hat.

setzes den Beinamen Proculus geführt habe, welchen seine Nachkommen nach Annahme des Beinamens Gallus — da diese Legislation die Familie zuerst illustrierte — ebenso als ob sie in eine fremde Familie übergegangen wären, in Proculeianus verlängerten. Jetzt läßt sich blos die Möglichkeit behaupten, daß jener Anagniner M. Rubrius Proculus, der Salius, Pontifer, Quästor, Aedilis und Prätor doch wohl in Rom geworden war [129]), unser Legislator sei.

SI NON PARET ABSOLVE] Wie Hugo richtig bemerkt [130]), die älteste Erwähnung dieser Formel. Da er zugleich des Streites über die wahre Lesart bei Gai. 4, 43. (Cod. p. 203. v. 4. 5.) erwähnt, so sei es gestattet, auch unsere Ansicht über diese viel besprochene Stelle zu äußern. Sie wird so zu lesen sein: item haec: IVDEX NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO et reliqua, ut non adiiciatur DVNTAXAT X MILIA. §. 44. Non tamen (semper) istae etc. Die Worte X MILIA also, die von dem Abschreiber irrthümlich hinter AVLO AGERIO gesetzt worden sind, stelle ich in die folgende Zeile nach dt = duntaxat. [131]). Der Einwand, daß diese Lesung des dritten Beispiels uns eine condemnatio ohne Angabe der Quantität, worauf condemniert werden solle, geben würde und eine solche unzulässig sei, scheint mir unbegründet. Denn Gaius will hier doch nur die äußere Gestalt, nicht die Natur der Formeltheile klar machen, und so sagt er auch im Anfang des §. 43. Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur, ohne hinzuzufügen condemnandi aliquantam pecuniam. Vielmehr spricht er davon erst §. 48. Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est, und setzt dieses dann weitläufig auseinander. Erinnern wir uns nun unserer früher gemachten Bemerkung, daß die condemnatio nach der Auffassung der Alten mit der Anrede des iudex anhob, so wird wohl Alles vollends klar. Denn offenbar wollte Gaius hier nur die Formen der drei Arten der condemnatio angeben, deren Recht und Natur er dann §. 50. und 51. erklärt; er geht dabei wie bei der intentio §. 41. von dem Bestimmten zum Unbestimmten fort und stellt daher als drittes Beispiel das einer ganz unbestimmten condemnatio. Das dazu gehörige EIVS aber oder QVANTI EA RES EST (ERIT) TANTAM PECVNIAM ist, wenn man nur auf die Form sieht, nicht sowohl Theil der Condem=

---

129) Municipalämter sind hier schwerlich zu verstehen. Salier sind in Municipien selten und Anagnia scheint nach Orell. 4101. IIviri i. d. gehabt zu haben. Vgl. A. W. Zumpt comm. epigr. I. p. 361. Doch mahnt Liv. 9, 43. zur Vorsicht: es ließe sich denken, daß Anagnia alle seine alten Behörden sacrorum causa noch in der Kaiserzeit behalten hätte.

130) Rechtsgesch. S. 648.

131) Dieses erscheint mir auch immer noch viel wahrscheinlicher als Lachmanns Vermuthung, welcher glaubt, XM. sei in Z. 3. hinter duntaxat ausgefallen. Dort las Göschen dum/axan, Blume dumtaxant. Wahrscheinlich ist dieses falsch aufgelöst oder verschrieben aus d(um)t xm = duntaxat X milia und also dort überhaupt nichts ausgefallen.

Druck von C. P. Melzer in Leipzig.